

LA NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE

D'APRÈS LES LOIS
ET LA JURISPRUDENCE RÉCENTES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 25 Mai 1935, à 14 heures.

PAR

Alexandre PAPP

Président : M. ESCARRA, professeur

Suffragants } MM. RIPERT, professeur
 } PICARD M., professeur

PARIS

A. PEDONE, Editeur

LIBRAIRIE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, Rue Soufflot

1935

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE

D'APRÈS LES LOIS
ET LA JURISPRUDENCE RÉCENTES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 25 Mai 1935, à 14 heures.

PAR

Alexandre PAPP

Président : M. ESCARRA, *professeur*

Suffragants } MM. RIPERT, *professeur*
PICARD M., *professeur*

PARIS

A. PEDONE, Editeur

LIBRAIRÉ DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, Rue Soufflot

1935



INTRODUCTION

Le présent ouvrage a pour objet l'étude théorique du fonds de commerce.

Le fonds de commerce peut être défini provisoirement comme *l'ensemble des biens affectés à l'exploitation d'une entreprise commerciale ou industrielle*.

Les fonds de commerce est une institution juridique fort ancienne. Déjà connue en droit romain, elle faisait dans l'ancien droit français l'objet de vives controverses concernant sa nature. L'intérêt pratique de la discussion était d'ailleurs restreint, c'est pourquoi les codes n'en parlent nulle part. De nos jours, avec la multiplication des entreprises commerciales et industrielles et par la fréquence de plus en plus grande des transactions concernant des entreprises tout entières, l'importance de la notion de fonds de commerce s'est trouvée énormément accrue. Des questions relatives à la condition juridique du fonds de commerce se sont posées dès le début du xix^e siècle. Mais c'est seulement vers la fin de ce siècle que, les ventes et les nantissements de fonds de commerce étant devenus très fréquents, des graves difficultés surgirent.

D'une part, la vente était susceptible de léser les créanciers, qui voyaient ainsi échapper la majeure partie de leur gage. Pour pallier à cet inconvénient, une espèce de droit coutumier s'établit dans les grandes villes en vertu duquel le commerçant, voulant vendre son fonds, était tenu de faire connaître son intention par la voie de la presse. Les créanciers étaient de cette manière mis dans la possibilité de prendre des mesures de précaution¹.

¹ Sur le caractère obligatoire de cet usage V. Trib. civ. Seine, 31 mars 1868, D. 68.3.96; 8 octobre 1869, D. 70.3.87; BOISTEL, *Précis du Cours de Droit commercial*, Paris, 1876, n° 432, p. 290-291.

Ce fut surtout le nantissement qui mit les tribunaux dans une grave impasse : d'une part, on voulait donner la possibilité aux commerçants de se procurer du crédit en affectant le fonds de commerce à la garantie des créanciers, comme gage spécialisé; pour que l'opération fût vraiment pratique, il fallait laisser le commerçant à la tête de son entreprise. D'autre part, la sécurité des transactions exigeait que pareille mise en gage, qui absorbait souvent le plus clair du patrimoine du débiteur, ne fût possible sans la dépossession effective du commerçant. Les tribunaux de commerce, plus près, peut-être, de la réalité des faits, se prononçaient le plus souvent contre la validité du gage sans dépossession. Les Cours d'appel, par contre, en bâtissant la théorie du *fonds de commerce meuble incorporel*, avaient fini par admettre la mise en gage du fonds de commerce sans dépossession effective, mais moyennant simplement les formalités de publicité prescrites par les articles 1690 et 2075 du Code civil pour la cession ou la mise en gage des créances.

Les tribunaux de commerce refusaient de se plier à la jurisprudence des Cours d'appel, en invoquant les exigences du crédit ainsi que les principes généraux du Droit. Pour trancher cette grave controverse, le législateur intervint et, après de longues discussions, on vota la loi du 1^{er} mars 1898 qui ajoutait à l'article 2075 du Code civil l'alinéa suivant : « Tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité¹. »

Cette loi tellement succincte ne pouvait mettre un terme aux innombrables problèmes qui se posaient à propos du nantissement et des autres contrats ayant pour objet un fonds de commerce. La foule de procès engagés à cette époque nous témoigne la gravité des difficultés. Des sérieux travaux préparatoires furent engagés le lendemain même

1. Ce n'est d'ailleurs pas la première loi ayant pour objet le fonds de commerce; l'honneur en revient aux lois fiscales, à savoir celles du 11 juin 1859 (art. 22) et du 28 février 1872.

de la promulgation de la loi de 1898¹. Ils aboutirent à la loi du 17 mars 1909 qui, dans ses 38 articles, donne une réglementation très détaillée des deux contrats les plus importants ayant pour objet un fonds de commerce, à savoir la vente et le nantissement. Le décret d'administration publique du 28 août 1909 a été rendu pour l'exécution de la loi. Des réformes de détail ont été accomplies par les lois du 31 juillet 1913 et du 22 mars 1924².

Bien que la loi soit intitulée « *Relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce* », elle vise surtout le nantissement et, en ce qui concerne la vente, uniquement les garanties du vendeur et la protection des créanciers de celui-ci et, en plus, elle contient quelques dispositions relatives à l'apport en société du fonds de commerce. Elle laisse tout à fait en dehors les autres contrats, ayant pour objet le fonds de commerce, qui ont pris dans les dernières années une grande extension. Nous faisons allusion au contrat de louage de fonds de commerce avec ses multiples variantes : gérance, gérance libre, gérance-vente, location-vente, destinées souvent à dissimuler aux yeux du fisc une véritable vente de fonds de commerce.

Pour résoudre les multiples problèmes qui continuent à se poser relativement au fonds de commerce, il faut établir d'abord d'une manière générale sa nature juridique. Œuvre essentiellement pratique, la loi du 17 mars 1909 laisse ce problème dans l'ombre. On ne peut que d'une manière tout à fait indirecte déduire, de certaines dispositions de la loi, quelle a été la conception générale du législateur sur la question qui nous intéresse. Nous ne trouvons guère d'éléments de solution dans les travaux préparatoires. Il semble même que les juristes qui ont préparé la loi de 1909 n'aient

1. Il est assez intéressant de comparer les trois propositions du 21 mars 1905, 8 juin 1905 et 29 novembre 1907. On trouvera dans le tout récent ouvrage de M. Albert Buisson, *Le statut légal du fonds de commerce*, Paris 1934, ces textes mis sur trois colonnes (p. 268-288).

2. Une proposition de loi, en date du 22 février 1928, est actuellement soumise au Parlement. Elle est destinée à perfectionner la réglementation créée par la loi du 17 mars 1909, sans en changer toutefois les grandes lignes. On trouvera dans l'ouvrage cité de M. Buisson une ample étude critique de cette proposition (p. 137-192).

pas voulu prendre parti dans la controverse; et même s'ils avaient personnellement considéré le fonds de commerce comme ayant telle ou telle nature, cette opinion personnelle n'est pas décisive si elle ne se reflète pas dans un texte de la loi.

Le présent ouvrage est une étude de droit positif français.

Nous envisageons la nature juridique du fonds de commerce avant tout sous l'angle des différentes conséquences pratiques que cela entraîne; bien que les lois de 1898 et 1909 aient enlevé à la controverse la majeure partie de son intérêt pratique, nous verrons que de nombreuses solutions dépendent encore de la nature qu'on attribue au fonds de commerce. De nombreux arrêts de jurisprudence prennent parti sur la question qui nous intéresse; le plus souvent, ils font une application plus ou moins consciente de telle ou telle conception, sans prendre ouvertement parti dans la controverse. C'est surtout dans la jurisprudence que nous puiserons les éléments de notre étude. Nous essayerons d'en dégager la tendance générale. En comparant la conception dominante en jurisprudence, avec les multiples opinions émises par les auteurs, nous verrons les griefs théoriques qu'on peut lui opposer. Puis, nous ferons une comparaison des différentes conceptions quant aux conséquences pratiques qu'elles entraînent. Nous ne discuterons pas le problème au point de vue législatif.

L'étude des Droits étrangers nous emmènerait trop loin et les résultats que nous pourrions recueillir seraient bien minces. L'étude du Droit comparé est peu intéressante dans notre matière parce que la France est à peu près le seul pays où le fonds de commerce ait fait l'objet d'une réglementation détaillée, du moins en ce qui concerne les points les plus importants dans la vie commerciale¹. De ce

1. Voici toutefois, comme exemples, quelques pays où le fonds de commerce a été réglementé :

En *Belgique* la loi du 25 octobre 1919 « sur le crédit professionnel en faveur de la petite bourgeoisie commerçante et industrielle » organise le nantissement du fonds de commerce. Le nantissement comprend (art. 2) la clientèle, l'enseigne, l'organisation commerciale, les marques, le droit au bail, le mobilier et l'outillage, le tout sauf stipulation contraire. En plus on peut y com-

fait et à l'heure actuelle la condition juridique du fonds de commerce fait, dans la plupart des pays étrangers l'objet de discussions qui, en France ont été tranchées par la voie législative.

Nous restreindrons la partie historique au minimum pour des raisons diverses :

Les considérations historiques n'ont que trop souvent eu pour résultat d'embrouiller le problème qui nous intéresse. Les anciennes distinctions des romanistes en ce qui concerne les universalités de biens ne donnent guère d'éléments de solution; il est frappant que M. Gombeaux, qui s'en est occupé longuement, avoue que les distinctions des romanistes n'ont fait qu'obscurcir le problème¹. Nous verrons d'ailleurs qu'on peut fort bien discuter la nature juridique du fonds de commerce sans du tout se référer à la notion d'universalité. Dans l'ancien Droit la discussion se complique par la question qu'on pose de savoir si le fonds de commerce n'est pas un immeuble, ou du moins un « meuble précieux », ne devant pas tomber en communauté; il est inutile d'insister sur ces théories depuis longtemps

prendre la moitié du stock des marchandises. V. *Ann. dr. com.* 1920 p. 176-177, Chronique de législation, Belgique, de M. MECHERYNCK.

En *Tchéco-Slovaquie*, V. sur le projet d'introduction de « l'hypothèque enregistrée », applicable à toute entreprise commerciale ou industrielle, *Bull. soc. et. lég.*, 1926, p. 368 et s.

En *Autriche* le nantissement du fonds de commerce est pratiqué moyennant une inscription sur les registres (d'où le nom *Registerpfand*) du banquier qui consent le prêt.

En *Roumanie* le projet du Code de commerce, publié par le Conseil législatif en 1932, s'occupe du fonds de commerce dans ses art. 58 à 68. Les mutations de fonds de commerce doivent être inscrites au registre du commerce, même les mutations par décès. Le vendeur jouit d'un privilège sur le fonds vendu. L'acquéreur prend à sa charge les dettes du fonds; toute clause contraire est nulle, le vendeur reste tenu des dettes pendant trois ans; il en est de même au cas d'apport en société. Les créances sont transmises à l'acquéreur, sauf clause contraire. Le gage du fonds de commerce (sans les marchandises) s'accomplit par son inscription au registre du commerce, sans la nécessité de la dépossession. Le rang des privilèges et des droits des créanciers nantis se détermine d'après la date de l'inscription. A part les dispositions précédentes on applique au gage du fonds de commerce les dispositions sur le contrat de gage tant qu'elles seront compatibles avec les précédentes.

Sur les récents projets en Droit italien, consulter CASTELLI-AVOLIO, *La nozione giuridica dell'azienda secondo il nuovo Codice di Commercio*, *Rassegna giuridica*, 1931, p. 1 et le compte rendu *Rev. trim.*, 1933, p. 889. Voir une « Esquisse de Droit comparé », BUISSON, *op. cit.*, p. 227-237.

1. *La notion juridique du fonds de commerce*, thèse Caen 1901, dans l'introduction.

abandonnées¹. Nous nous contenterons de remonter à l'époque qui a précédé la loi du 1^{er} mars 1898, ce qui est indispensable, parce que le système qui, aujourd'hui, tend encore à prévaloir a été bâti pour permettre la mise en gage du fonds de commerce sans dessaisissement.

L'historique de la question a fait d'ailleurs l'objet d'études très complètes, on peut même dire définitives, auxquelles nous renvoyons pour plus de détails².

Historique de la controverse. — Toutes les controverses à propos de nature juridique du fonds de commerce, du moins si nous ne remontons pas au-delà du Code civil, tournent autour du degré d'individualité qu'on reconnaît à cet organisme.

Une personne fonde une entreprise commerciale. Elle affecte à cet entreprise certains éléments de son patrimoine. Ces biens desserviront l'entreprise seulement. Dans sa comptabilité le commerçant distingue soigneusement les biens appartenant à l'entreprise, ainsi que les créances et dettes résultant de l'exploitation du reste de son patrimoine.

L'individualité du fonds de commerce se présente sous deux aspects.

Sur le plan des *sujets de droits*, l'entreprise paraît au premier abord jouir d'une certaine autonomie, du moins dans l'esprit de celui qui l'exploite. Elle paraît avoir (ou constituer) un patrimoine distinct du reste du patrimoine du commerçant. Il existe, en effet, de nombreuses théories qui accordent, à un degré variable, une certaine individualité au fonds de commerce en tant que sujet de droits.

En tant qu'*objet de droits* le fonds de commerce paraît également constituer une unité distincte, alors du moins

1. Un arrêt de la Cour de cassation du 8 fructidor, an III, *Sir. chron.*, décide déjà qu'un fonds de boutique est meuble et ne peut être considéré comme un immeuble fictif. Si on compare de nos jours le fonds de commerce à un immeuble ce n'est pas pour tirer des conclusions pratiques de cette comparaison.

2. Introduction historique par HARTMANN au *Traité pratique et théorique des fonds de commerce*, par LÉBRE, Paris, 1887; GOMBEAUX, *op. cit.*, chap. II, p. 113 à 222.

que, dans un acte juridique, il est considéré dans son ensemble. En effet, les biens destinés à l'exploitation y sont affectés spécialement. En prenant la valeur de ces biens dans son ensemble, nous la trouvons souvent de beaucoup supérieure à la valeur des biens pris séparément. Une nouvelle valeur naît : le « fonds de commerce ». S'il constitue *un bien* au sens juridique du mot, il s'agit de déterminer dans quelle catégorie légale de biens il entre. Le bien nouveau aura des caractères propres qui ne seront pas forcément les mêmes que ceux de ses éléments, puisque ceux-ci sont de nature variée.

On peut, de ce chef, classer les théories concernant le fonds de commerce en deux groupes, suivant qu'elles s'en occupent de son individualité en tant que sujet ou en tant qu'objet de droits. Nous insistons sur cette distinction qui n'a pas toujours été faite d'une manière assez nette. Une grande confusion naît du fait que, en discutant sur la nature juridique du fonds de commerce, on n'indique pas clairement le point de vue auquel on se place : envisage-t-on le fonds de commerce en tant que patrimoine plus ou moins séparé du reste du patrimoine du commerçant ou en tant que bien nouveau distinct de ses éléments composants ? La confusion est due en grande partie à des imprécisions de terminologie (surtout à la notion d'universalité juridique appliquée au fonds de commerce) sur lesquelles nous reviendrons.

A l'intérieur de ces deux grandes catégories on peut classer les théories suivant le degré d'autonomie qu'elles reconnaissent au fonds de commerce. Nous les passerons rapidement en revue :

I. *L'autonomie du fonds de commerce sur le plan des sujets de droits* (Le fonds de commerce est-il une « universalité de droit » ?)¹.

1^o *Le fonds de commerce personne morale*. — Cette théorie, née en Allemagne², ne trouva que peu d'écho dans

1. V. pour l'exposé de ces théories CATALAN, *La condition juridique des fonds de commerce*, thèse Montpellier 1899, p. 17 et s.; GOMBEAUX, p. 14 et s.

2. Citons comme exemples VON VÖLDERNDORF, *Kommentar zum allge-*

la doctrine française¹. Elle représente le maximum d'autonomie accordée au fonds de commerce en tant que sujet de droits. En tant que personne, le fonds de commerce a un nom, un domicile, une nationalité. Ce qui est plus important, c'est qu'il est doué d'un patrimoine propre. Les créances et les dettes tenant à l'exploitation sont automatiquement transmises à l'acquéreur du fonds de commerce². Pour être plus précis, il n'y a pas à proprement parler transmission des biens et des charges à l'acquéreur : le propriétaire des biens, le créancier ou le débiteur des obligations est le fonds de commerce, ce n'est que le chef de l'entreprise qui change. De ce fait, le véritable support du crédit est l'entreprise, non l'entrepreneur³.

2° *Le fonds de commerce patrimoine sujet de droits (Zweckvermögen)*. — Cette théorie, également née en Allemagne⁴, consiste à voir dans le patrimoine lui-même, ou plutôt dans le *but* (*Zweck*) en vue duquel le patrimoine existe, le sujet de

meinen deutschen Handelsgesetzbuch, 1867, t. I, p. 192 et s.; ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrecht systematisch dargestellt*, 4^e éd., 1887, § 15, et s.

1. V. toutefois VALÉRY, *Des contrats par correspondance*, Paris 1895, n° 263bis et surtout *Maison de commerce et fonds de commerce*, *Ann. dr. com.* 1902, p. 209 et 269. Pour répondre à l'objection que le fonds de commerce ne saurait être à la fois objet et sujet de droits, M. Valéry distingue la *maison de commerce*, formée par le chef de l'entreprise et ses employés, qui est propriétaire du *fonds de commerce*, objet de droits; la nature juridique du fonds de commerce est laissée intentionnellement de côté (p. 231).

2. Il faut remarquer qu'en Allemagne les cessions d'entreprises comprenant tout l'actif et le passif sont d'usage courant. Le Code de commerce allemand (art. 25 et 26) a d'ailleurs consacré cette coutume en rendant, en principe, l'acquéreur responsable, solidairement avec le vendeur, des dettes existantes au moment de la transmission. Cette disposition est tout aussi efficace pour la protection des créances du vendeur que le système de publicité imposé par la loi du 17 mars 1909, V. HEINSHEIMER, *Handelsrecht*, Berlin 1927, p. 21 et s.; COSACK, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 10^e-11^e éd., Stuttgart 1923, § 32, p. 99-104.

3. En reprenant le célèbre mot de Frédéric II, on disait couramment que le commerçant était le premier serviteur de l'entreprise. Cet effacement de la personnalité, cette confiance plus grande dans les institutions que dans les hommes qui les dirigent, correspondent bien à l'esprit germanique. Il est tout à fait symptomatique de retrouver dans la politique juridique national-socialiste la tendance de plus en plus prononcée de conférer à l'entreprise une indépendance à l'égard de l'entrepreneur aussi marquée que la nature même des choses le permet. V. FRANK, *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, Munich 1935, article intitulé *Grundfragen zur Reform der Einzelunternehmung und der Personalgesellschaften*, p. 1105-1135, signé WUERDINGER.

4. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten* I, 3^e éd., 1884, § 60 et s.; BEKKER *Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaft*, dans *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 1861 p. 499 et s.

droits. La théorie n'a rien de spécial au fonds de commerce, mais prétend en général résoudre le problème de la personnalité juridique, en remplaçant celle-ci par l'idée de patrimoine détaché de tout lien avec la personnalité. Le fonds de commerce n'est d'ailleurs qu'un patrimoine dépendant (*abhängiges Zweckvermögen*), rattaché au patrimoine général du commerçant.

3° *La théorie du fonds de commerce patrimoine d'affectation* est, pour ainsi dire, une réplique de quelques auteurs français¹, à la précédente. Elle présente le fonds de commerce comme un patrimoine distinct sans être un sujet de droits. Cette solution se rattache à une certaine conception de l'universalité de droit. L'unité de destination des biens réalise une séparation de fait du patrimoine commercial à laquelle doit correspondre une indépendance juridique, caractérisée notamment par le fait que les créances et les dettes sont englobées dans un corps juridique unique.

L'idée que le fonds de commerce jouirait d'une certaine autonomie sur le plan des sujets de droits est à l'heure actuelle à peu près entièrement abandonnée. Elle se justifie mal au point de vue des principes généraux du droit. Sans aller jusqu'à invoquer le principe de l'indivisibilité du patrimoine, corollaire de l'unité de la personnalité, principe contesté de nos jours, il faut avouer que les divers éléments, tous assez variables et assez mobiles, qui rentrent dans la notion de l'entreprise commerciale, ne sont pas un support suffisant pour les créances, et surtout pour les dettes commerciales². La jurisprudence n'a jamais réellement consacré ces théories, bien plus, elle n'a eu guère à se prononcer sur ce point, parce que l'autonomie du fonds de commerce comme sujet de droits est d'un ordre d'idées étranger au monde commercial³.

1. Pour l'idée de patrimoine d'affectation en général V. Saleilles, « Etude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Ann. dr. com.*, 1897, notamment nos 61 et 63, p. 39 et s.; note sous Dijon, 30 juin 1893, S. 94.2.185. Pour la défense de la théorie du fonds de commerce constituant une universalité de droit, c'est-à-dire un pécule commercial séparé, V. Magnin, « Essai sur le nantissement des fonds de commerce », *Ann. dr. com.*, 1899, nos 9 et s., p. 398 et s., 469 et s. V. une brillante critique de ce système, Vivante, *Traité de droit commercial*, trad. Escarra, t. III, nos 839 et s.

2. GOMBEAUX, p. 68-69.

3. V. toutefois le curieux jugement du Tr. com. Saint-Etienne, 12 avril 1932, D. H. 32.311.

A la suite de la loi du 1^{er} mars 1898, il eut un moment d'hésitation. En effet, M. Thézard, dans son rapport au Sénat, avait comparé le fonds de commerce à l'hérédité, en le qualifiant d'universalité de droit ou d'universalité juridique. Mais cette loi, en disposant relativement au nantissement du fonds de commerce, pouvait tout au plus être interprétée comme ayant conféré au fonds de commerce une certaine individualité en tant qu'objet de droits; son autonomie en tant que sujet de droits restait tout à fait en dehors.

La loi du 17 mars 1909 peut être considérée comme ayant définitivement rejeté toute idée d'autonomie du fonds de commerce en tant que sujet de droits¹. Voici, succinctement, quels sont les arguments qu'on peut tirer de notre loi :

1^o L'idée même du gage semble exclure la possibilité de considérer le fonds de commerce comme une entité comprenant un passif propre. Dans la dernière hypothèse, il faudrait lui appliquer la maxime *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*. Le résultat serait que le créancier nanti ne pourrait se payer qu'après que les autres créanciers auront été désintéressés².

2^o La loi de 1909 ne contient aucune mention sur la transmission des obligations passives. Quant aux obligations actives, il n'y a que certains droits d'une catégorie spéciale, tels que le droit au bail, qui peuvent être considérés comme faisant organiquement partie du fonds de commerce.

3^o L'article 3, alinéa 8, dispose que « l'acquéreur qui, sans avoir fait, dans les formes prescrites, les publications ou avant l'expiration du délai de dix jours aura payé son vendeur ne sera pas libéré à l'égard des tiers ». La responsabilité de l'acquéreur n'apparaît que comme une sanction de l'inobservation des formes de publicité prévues par la

1. Pour plus de détails V. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, thèse Bordeaux, 1931, p. 36-49.

2. Cpr. PERCELOU dans le projet élaboré par la Société d'études législatives en 1903, *Ful. soc. et. lég.* n° de mars 1903.

loi de 1909. Il faut en conclure, par *a contrario*, que l'acquéreur qui s'est conformé aux exigences de la loi, se trouve libéré envers tous les créanciers du vendeur. L'article 6 se rattache à la même idée.

4° L'article 7 déclare, sous certaines conditions, la société à laquelle un fonds de commerce est apporté, responsable avec le débiteur principal du paiement du passif de celui-ci. Cette exception à la règle de la non-transmission du passif, bien qu'importante, ne fait que la confirmer.

5° Nulle part la loi de 1909 ne fait de distinction entre les créanciers commerciaux et les créanciers civils (voir par exemple les articles 3, al. 4 et art. 7).

II. *L'autonomie du fonds de commerce sur le plan des objets de droits.*

C'est exclusivement ce côté de la question qui fait l'objet du présent ouvrage. Voici les lignes générales du problème :

Le fonds de commerce est un ensemble de valeurs de nature variée. Il convient d'analyser séparément ces différentes valeurs. Parmi celles-ci il y en a une qui fait l'objet de grandes difficultés juridiques, c'est ce qu'on appelle la *clientèle* ou l'*achalandage*; de l'analyse juridique de cette notion, qui ne se rencontre que comme un élément du fonds de commerce, dépend en partie la solution qu'on donne quant à la nature du fonds de commerce. Par la suite il faut envisager la place respective des différents éléments dans l'ensemble, pour voir notamment s'il y en a parmi eux qui sont essentiels pour donner naissance à la notion de fonds de commerce.

Du point de vue économique la réunion des éléments dans un seul organisme qu'est le fonds de commerce a pour conséquence la naissance d'une valeur nouvelle. Le fonds de commerce a, en effet, le plus souvent, une valeur supérieure à la somme des valeurs des éléments séparés. Le commerçant envisage de ce fait son fonds de commerce comme un corps unique.

Ces réactions de valeur ne sont pas indifférentes juridiquement. Le fonds de commerce envisagé dans son ensem-

ble obéit à des dispositions légales spéciales : loi du 17 mars 1909, loi du 27 février 1912 (art. 7) relative à la dissimulation du prix en cas de cession de fonds de commerce, régime fiscal spécial.

Mais peut-on dire que tous les éléments viennent se fondre juridiquement dans le fonds de commerce qui serait en ce cas un objet de droits propre ? Cela ne va pas sans difficultés, parce que les éléments du fonds de commerce appartiennent à des catégories de biens différentes. Quelle est la nature du bien nouveau qui est créé ? Est-elle toujours la même pour tous les fonds de commerce ou varie-t-elle suivant les cas ? Est-il admissible que les éléments perdent non seulement leur individualité en tant qu'objets de droits propres, mais changent également de nature juridique pour prendre celle de l'ensemble ? Y a-t-il une solution intermédiaire qui rendrait ce changement de nature superflu, dans le sens que le fonds aurait une propre nature juridique en tant qu'objet distinct tandis que les éléments garderaient la leur ?

Presque toujours, lorsqu'on reconnaît au fonds de commerce le caractère d'un objet de droits propre, on le range dans la catégorie des meubles incorporels ; nous verrons pour quelles raisons. On peut même dire que les deux notions, de fonds de commerce objet de droits propre et de fonds de commerce meuble incorporel, se confondent. Des importantes conséquences découlent de l'idée que le fonds de commerce est un meuble incorporel. Des solutions différentes doivent être données si on repousse — non pas le caractère de meuble incorporel du fonds de commerce — mais, d'une manière plus radicale, le caractère même d'objet de droits. Voici les principaux intérêts pratiques de la controverse¹ :

1^o Comme déjà dit, l'autonomie du fonds de commerce en tant qu'objet de droits fut élaborée, vers la fin du siècle passé, pour en justifier le nantissement qui laisse le débi-

1. Pour avoir une vue d'ensemble de la question il suffit de comparer les deux ouvrages classiques de MM. LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Droit commercial*, vol. III, n^{os} 240-242 et WAHL, *Précis théorique et pratique de Droit commercial*, n^{os} 219-224 et 327-328.

teur à la tête de ses affaires. Dans cette théorie, le nantissement s'opérerait selon l'article 2075, Code civil. Par contre, si on refuse au fonds de commerce le caractère de bien unique, meuble incorporel, il faut s'attacher à la nature de chaque catégorie d'éléments, pour lui appliquer les règles qui lui sont propres, quant à la manière dont s'effectue le nantissement ; il est nécessaire notamment que le créancier soit mis dans la possession effective des éléments corporels, et, peut-être, aussi des éléments incorporels, autres que les créances proprement dites. La loi de 1909 a enlevé l'intérêt pratique de cette controverse.

2° L'opinion dominante est que l'article 2279, Code civil, ne s'applique pas aux meubles incorporels. Si le fonds de commerce est considéré comme tel, il échappe à la règle. *En fait de meubles possession vaut titre*. La question présentait un grand intérêt pratique avant que la loi de 1909 ait réglementé le privilège du vendeur de fonds de commerce : le vendeur non payé pouvait reprendre le fonds dans les mains même du sous-acquéreur. De nos jours la question se pose par exemple au cas où le locataire ou le gérant du fonds de commerce détourne le fonds en le vendant en son nom. Dans l'opinion contraire, pour savoir si l'article 2279 s'applique au fonds de commerce, il faut considérer la nature des éléments et soumettre en tout cas les éléments corporels à cet article.

3° Une autre conséquence logique de l'autonomie du fonds de commerce est qu'en cas de transmission du fonds, il y a une opération unique, à laquelle il faut appliquer des règles également uniques, tant pour ce qui concerne les obligations nées du contrat, que pour les effets *in rem*. La transmission de la propriété de ce meuble incorporel obéit uniquement aux articles 1138 et 1583 du Code civil, même en ce qui concerne les rapports avec les tiers. Si, au contraire, le fonds de commerce n'est pas un meuble incorporel, il y a lieu d'appliquer l'article 1141, au moins aux éléments corporels.

4° Si le fonds de commerce est lui-même un bien, il faut le ranger parmi les corps certains. Comme tel, il fait l'objet d'un usufruit véritable. Dans l'opinion contraire, le fonds

de commerce est un ensemble composé de choses non consomptibles par le premier usage, par conséquent soumises à un usufruit proprement dit, et de choses consomptibles, les marchandises, faisant l'objet d'un quasi-usufruit (art. 587, C. civ.).

5^o Les notaires sont exclusivement compétents pour la vente publique de meubles incorporels; les commissaires-priseurs ont le monopole des ventes de meubles corporels. Si le fonds de commerce est un meuble incorporel par sa nature, la compétence doit appartenir exclusivement aux notaires. La jurisprudence, sauf de rares exceptions, a adopté, dans les innombrables arrêts qui ont été rendus pour trancher ce litige, un système différent : elle reconnaît en tout état de cause la nécessité de vendre le fonds de commerce par une opération unique, mais attribue la compétence tantôt à un notaire, tantôt à un commissaire-priseur, suivant la valeur prépondérante des éléments incorporels ou corporels.

Nous diviserons notre ouvrage de la manière suivante :

Dans un premier chapitre nous ferons une analyse du contenu du fonds de commerce; nous passerons en revue les éléments un à un, en nous arrêtant plus longuement à l'étude de *la clientèle* seulement; par la suite nous étudierons les rôles respectifs des éléments dans la formation de la notion de fonds de commerce.

Le deuxième sera consacré à la discussion théorique de la nature juridique du fonds de commerce. Nous verrons les arguments qui ont été invoqués en faveur du caractère de meuble incorporel du fonds de commerce ainsi que les graves objections théoriques qu'on peut opposer, tant aux arguments mêmes qui ont été invoqués, qu'au résultat auquel tend le système qui reconnaît une large autonomie au fonds de commerce en tant qu'objet de droits.

Dans le troisième et dernier chapitre nous opposerons les deux conceptions du fonds de commerce sur le terrain des applications pratiques.

CHAPITRE PREMIER

LES ELEMENTS DU FONDS DE COMMERCE

Section I. — Passage en revue des divers éléments du fonds de commerce.

Autrefois on entendait par « fonds de commerce » ou « fonds de boutique » essentiellement un ensemble de marchandises. C'est ainsi seulement qu'on peut expliquer l'opinion de certains anciens auteurs¹ et certains arrêts de la même époque² qui considèrent que le fonds de commerce est une chose fongible, faisant, comme telle, l'objet d'un quasi-usufruit.

Les temps ont changé. Autrefois toute l'habileté du commerçant était de se procurer des marchandises ; aujourd'hui, par la révolution des moyens de production et de transport, toute la difficulté est de vendre. Quand on parle de nos jours de « conquête de marchés », on entend, non la conquête de marchés de matières premières, mais la création d'un débouché. Cette transformation des circonstances économiques se reflète dans la notion moderne de fonds de commerce. L'importance d'un fonds de commerce se mesurait autrefois d'après la valeur des marchandises qu'il enfermait ; aujourd'hui on l'évalue plutôt en raison du chiffre d'affaires réalisé, c'est-à-dire d'après la chance de vendre beaucoup.

Les commerçants et après eux les juristes ont reconnu l'existence, à côté des marchandises, d'autres valeurs : la

1. ZACHARIE, *Cours de droit civil français*, § 225, texte et note 2 ; PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit*, vol. III, n^{os} 1010 et s.

2. Civ. 9 messidor an XI, *D. Rép.* V^o Usufruit, n^o 206, Rouen 5 juil. 1824, *S. chron.*, S. 1825.2.132.

« clientèle » ou l'« achalandage », le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail de l'immeuble où le fonds s'exploite, les droits de propriété industrielle. Il n'est pas douteux que la valeur de ces éléments incorporels soit souvent plus grande que celle des marchandises et de l'outillage; à tel point, que la jurisprudence actuelle, par opposition aux arrêts précités, tend à ne voir dans le fonds de commerce que les éléments incorporels.

D'autre part, on comprend aujourd'hui par fonds de commerce même les établissements industriels, voire des entreprises telles qu'une banque, un théâtre, un journal. Il n'est pas exagéré de dire que la notion de fonds de commerce s'applique à toutes les entreprises commerciales, de quelle nature qu'elles soient¹. Le nombre d'éléments s'en trouve accru. La structure des fonds de commerce devient très variée; d'ici provient la difficulté ou l'impossibilité même d'arriver à une notion unitaire du fonds de commerce. Quelle ressemblance y a-t-il entre un débit de boissons et une banque, entre un hôtel et un grand magasin? On a tort, lorsqu'on parle de fonds de commerce en général, de penser uniquement à ces fonds d'épicerie ou petits débits de boissons, qui font l'objet des plus fréquentes transactions et aussi des plus nombreux procès².

1. Cf. CENDRIER, *Le fonds de commerce*, 4^e éd. Paris 1926, nos 12-53; V. notamment n° 28: « Toutes les entreprises (art. 632, al. 2 et 3. C. com.) supposent nécessairement un fonds de commerce, puisque, par définition, l'idée de profession se dégage toujours de l'entreprise qui suppose une installation, une organisation et un matériel souvent fort importants ».

2. C'est peu après avoir écrit ces lignes que nous avons pris connaissance de l'ouvrage récemment paru de M. Jean ESCARRA, avec la collaboration de MM. Edouard ESCARRA et Jean RAULT, *Principes de droit commercial*, dont nous extrayons le passage suivant (Préface, p. 3) :

« Le droit commercial est enchaîné à la roue des transformations économiques, dont la vitesse s'accélère prodigieusement sous nos yeux mêmes. Mais notre Code de commerce demeure un code de boutiquiers. A la doctrine de signaler ce paradoxe, d'en réduire les inconvénients, et de préparer les fondements du droit commercial de l'avenir. Alors on cessera de voir les magasins géants, les banques aux succursales multiples, les *Holdings* considérables, relever de textes aussi désuets et étriqués que ceux qui visent la « femme marchande publique » ou l'humble « voiturier ».

M. Buisson, dans son récent ouvrage déjà cité, a donné son importance aux « aspects divers et caractères multiples de la valeur du fonds de commerce » (p. 40 et s.). Les tableaux qu'il a dressés sur « le mouvement du prix des fonds de commerce dans les diverses catégories du commerce parisien, de 1906 à 1931 » sont instructifs à cet égard (p. 243-266).

Avant d'énumérer les éléments du fonds de commerce, il faut faire une remarque fort importante. La loi du 17 mars 1909 parle à divers endroits du contenu du fonds de commerce : dans les articles 1, alinéa 2 et art. 9, alinéa 3, elle détermine sur quels éléments porte le privilège du vendeur et le droit du créancier gagiste à défaut de désignation expresse par les parties; dans l'article 9, alinéa 1, elle énumère les éléments susceptibles d'être compris dans le nantissement; dans d'autres dispositions elle donne au fonds de commerce une assiette plus ou moins large (art. 1, al. 3-5, art. 5, al. 2, etc.). Elle ne donne nulle part une définition générale du fonds de commerce.

La plupart du temps, lorsqu'on énumère les éléments du fonds de commerce, on se limite aux éléments mentionnés par la loi de 1909. Il n'y a pourtant pas de raison *a priori* d'exclure les autres variétés de biens pour la simple cause qu'elles ne sont comprises, ni dans le nantissement, ni dans le privilège. Dans les cas où la loi ne dispose pas il faut comprendre dans le fonds de commerce tout ce qui économiquement en fait partie, c'est-à-dire tout ce qui participe à l'exploitation.

Cette remarque nous amène à diviser la présente section en deux paragraphes : dans le premier nous passerons en revue les éléments qui peuvent certainement faire partie du fonds de commerce, dans le second, les éléments qu'on en exclut généralement, à savoir les immeubles et les créances.

§ 1. *Éléments qui, incontestablement, peuvent faire partie du fonds de commerce.*

I. La clientèle et l'achalandage.

Il y a peu de notions juridiques aussi obscures que ces deux là. Néanmoins, la loi de 1909 peut servir de guide à démêler au moins la définition de ces notions.

1^o En considérant ce qu'on appelle « la clientèle et l'achalandage » d'un point de vue tout à fait général, on peut dire qu'elle découle de cet ensemble de circonstances qui

font qu'une entreprise ait une valeur supérieure à celle de ses différents éléments. La valeur de ceux-ci, pris isolément, est celle de leur prix d'acquisition ou plus généralement leur valeur commerciale. C'est cette valeur-ci qui apparaît au bilan de l'entreprise. Mais on sait que le bilan, même s'il est d'une précision irréprochable, n'est pas un élément suffisant pour apprécier la valeur d'une entreprise. On dit que le bilan est « un tableau statique d'une entreprise dynamique ». Il résulte de ceci qu'une entreprise possède, à côté de sa valeur statique (celle de ses éléments), encore une valeur dynamique. Cette dernière ne se trouve pas au bilan. On trouve néanmoins dans la comptabilité des indications qui permettent de l'évaluer. La valeur dynamique varie en raison directe du chiffre d'affaires réalisé, du rapport entre ce chiffre d'affaires et le stock moyen des marchandises en magasin (ce que les américains appellent « turn over »), du rapport entre bénéfice brut (ou bénéfice net) et capital, etc. Les établissements de crédit des Etats-Unis ont l'habitude de demander aux commerçants, qui sollicitent une ouverture de crédit, de donner des renseignements précis quant au chiffre d'affaires, aux frais généraux, au stock moyen des marchandises en magasin, etc., ce qui leur permet de calculer des coefficients de la valeur dynamique de l'entreprise. Il est évident que cette valeur est éminemment fuyante. Elle ne ressort que lorsque l'entreprise continue à être exploitée dans des conditions sensiblement égales; elle disparaît au cas de cessation du commerce.

Quelle est la source de cette valeur? Nous croyons que c'est un cas d'application de la théorie de la *rente différentielle*. Il y a là une *rente industrielle* (ou *quasi-rente*, comme l'appelle Marshall, parce que, à la différence de la rente du sol, elle a un caractère moins stable), dérivant d'un monopole de fait. Les causes d'un pareil monopole de fait sont multiples; Charles Gide, dont les exemples, qu'il a donnés pour illustrer les théories économiques, sont demeurés classiques, nous parle du cabaret qui profite d'une rente du fait qu'il se trouve à la proximité d'un cimetière. Ce n'est pas seulement l'emplacement du fonds de commerce qui est une cause de rente; le nom commercial, l'en-

seigne et autres « signes de ralliement de la clientèle », un stock de marchandises bien assorti peuvent l'être aussi. Mais la réunion de ces éléments dans une entreprise empêche de voir quelle est la part de rente créée par chaque élément ; l'entreprise est, au point de vue économique, un organisme unique, qui forme une source unique de rente.

La rente que procure le fonds de commerce se manifeste dans le fait qu'un certain nombre de personnes se fournissent dans tel magasin. Le commerçant peut compter sur ses clients habituels et, en plus, sur des clients occasionnels dont le nombre sera en rapport de l'emplacement, de la publicité faite, etc.

La « clientèle » au sens propre est l'ensemble des clients habituels ou occasionnels. La valeur de la clientèle pour un fonds de commerce consiste dans la constance probable du nombre de clients, dans la chance de conclure des nouvelles affaires. Il faut ajouter que, pour que la valeur de la clientèle soit sensible, il faut que le nombre des clients probables soit assez grand pour donner naissance à une rente *différentielle* : en effet, pour qu'il y ait de ce chef rente différentielle, il faut que le fonds de commerce jouisse d'une clientèle plus importante qu'une entreprise du même genre qu'on pourrait fonder à tout moment. Nous retrouverons cette question au moment où nous nous demanderons si l'existence de la clientèle est nécessaire pour qu'il y ait fonds de commerce.

2^o Quittons le terrain économique pour nous demander si la clientèle est une notion juridique.

La réponse nous est donnée par la loi de 1909 même, qui la mentionne parmi les éléments compris dans le nantissement et dans le privilège du vendeur, même à défaut de mention expresse des parties (art. 1^{er} al. 2 et art. 9, al. 3). Par conséquent, au point de vue juridique, *la clientèle constitue une valeur certaine et distincte des autres éléments du fonds de commerce*. Voici les conséquences qu'on peut tirer du fait que la loi envisage la clientèle comme un élément propre du fonds de commerce :

a) Certains auteurs¹ ont soutenu que la « clientèle » n'existe comme notion juridique qu'en tant que « moyens d'attirer la clientèle ». Que faut-il en penser ? Il est vrai que si, dans le langage commun, la clientèle est l'ensemble des clients, « vendre la clientèle », est autre chose que vendre l'ensemble des clients. La clientèle n'est pas une chose que l'on vend. Il est vrai également qu'en vendant les moyens d'attirer la clientèle, celle-ci suivra probablement l'acquéreur. A la vérité, tous les éléments du fonds de commerce ont, ou peuvent avoir cette qualité d'attirer des clients. La « clientèle » se voit donc réduite à n'être qu'une *qualité* des divers éléments, sans être un élément elle-même².

La loi rend une telle interprétation impossible. Nous y lisons que la clientèle fait partie du privilège et du nantissement en tant qu'élément distinct. Si elle n'était qu'une qualité des autres, il eût été inutile de la mentionner spécialement. Nous verrons d'autre part, que la cession de la clientèle est sanctionnée par une action spéciale.

b) Nous avons jusqu'ici parlé uniquement de la clientèle. Qu'est-ce que l'achalandage ?

La plupart des auteurs le considèrent comme synonyme de la clientèle³. En effet, le sens étymologique des deux expressions est identique. Pendant tout le siècle précédent on les a employés indifféremment l'une pour l'autre⁴. Certains auteurs⁵ ajoutent cette nuance que la clientèle est

1. BAYART, *Etude de la notion de fonds de commerce*, thèse Paris, 1906, p. 22 et s. Cpr. F. CARNELUTTI, *Proprietà della clientela*, *Riv. dir. com.*, 1930, I, p. 333 : « Difendere al commerciante la clientela, non vuol attribuirgli diritto... sui clienti, ma sui mezzi di cui egli si serve per accaparrarli o per conservarli; e tali mezzi si sommano nella azienda. »

2. C'est d'ailleurs ce que soutient M. BAYART, avec beaucoup d'emphase (p. 27) « envisagée comme valeur patrimoniale distincte, la clientèle n'est qu'une ombre... elle est le but du commerce; elle n'est pas pour cela un élément du fonds de commerce ».

3. WAHL, *Précis*, n° 225; BAYART p. 14, note 1; DUMOUCHEL, *Etude juridique de la clientèle des fonds de commerce et des professions libérales*, thèse Paris, 1907, p. 28-29.

4. V. par ex. BAUDRY-LACANTINIERE, *Précis de droit civil*, 10^e éd., vol. I n° 1552 : « ... la clientèle, l'achalandage comme on disait autrefois... »; DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, vol. I, n° 403 : « ... la même solution est applicable au fonds de commerce, à l'établissement commercial, à la *clientèle*, comme on dit aujourd'hui un peu prétentieusement ou en d'autres termes, à l'achalandage et à la pratique... »

5. LYON-CAEN et RENAUT, *Manuel de droit commercial*, 14^e éd., n° 432 p.

fixe tandis que l'achalandage est mobile. L'achalandage est l'aptitude d'avoir des clients, la chance d'en acquérir de nouveaux. Un établissement nouvellement créé n'a pas de clientèle, mais seulement un achalandage. Ces auteurs n'accordent d'ailleurs aucune importance à cette différence.

Mais d'autres auteurs ont tenté de distinguer nettement les deux. M. Valéry¹, par exemple, nous dit que la clientèle est attachée à la maison de commerce, la seconde au fonds de commerce. D'autres auteurs² précisent d'avantage : la clientèle est l'ensemble des relations basées sur une confiance personnelle établie entre le commerçant et ses pratiques, tandis que l'achalandage est une qualité de certains éléments compris dans le fonds de commerce ; son existence ne se conçoit pas distinctement des éléments dont il n'est qu'une qualité. Il se rattache à n'importe quel élément du fonds, mais plus spécialement à l'enseigne, au nom commercial, au droit au bail. Les rédacteurs de la loi de 1909 ont commis une légère incorrection en énumérant l'achalandage parmi les éléments du fonds de commerce, au lieu de dire que le privilège du vendeur ou du créancier gagiste porte sur les différents éléments « avec leur achalandage ».

Nous avons vu que la clientèle n'était pas simplement une qualité des éléments du fonds de commerce, mais en constituait un élément propre. Nous croyons qu'il en est de même de l'achalandage. L'achalandage est énuméré par la loi parmi les éléments à côté de la clientèle. On peut, certes, distinguer les deux notions et réserver à la rigueur à la clientèle le caractère d'élément propre et abaisser l'achalandage au rang de qualité des autres éléments. Mais dans ce cas il nous semble que la notion d'achalandage dût disparaître du domaine du droit : il ne peut y avoir de sanction juridique de la *qualité* d'une chose, sanction distincte de celle qui protège « l'élément achalandé ». Il est

405 et note 4; BOUTAUD et CHABROL, *Traité général des fonds de commerce et d'industrie*, Paris 1905, n° 48, p. 55; CENDRIER, n° 88.

1. *Maison de commerce et fonds de commerce*, *Ann. dr. com.* 1902, n° 44, p. 273;

2. DELALANDE, *L'usufruit d'un fonds de commerce*, thèse Bordeaux, 1922 p. 23-34.

plus plausible, à notre sens, de voir dans l'expression « clientèle *et* achalandage » tout simplement un pléonasme. Ne le reprochons pas au législateur de 1909; le pléonasme est permis lorsqu'on veut renforcer un terme (il y en a dans le style législatif d'autres qui sont moins justifiables, comme par exemple l'expression « nul et de nul effet »); en disant « clientèle *et* achalandage » la loi a justement voulu éviter que l'on ne fasse de distinctions subtiles entre les deux et d'en conclure le cas échéant que le gage ou le privilège ne porte que sur l'un des deux¹.

3° La clientèle est attachée à la fois au fonds de commerce et à la personne du commerçant. C'est un fait que l'on constate tous les jours. Les pratiques d'un établissement sont attirés, mis à part les bas prix, autant par l'emplacement du magasin, par son nom bien connu, par le luxe de l'installation, que par les aptitudes professionnelles, l'honorabilité du patron. Il est difficile de préciser quel est le moment psychologique déterminant.

On peut faire une distinction, purement mentale d'ailleurs, entre la clientèle attachée au fonds de commerce et celle attachée au commerçant. On peut alors se demander quelle est la partie de la clientèle qui est cédée avec le fonds de commerce? Celle qui est attachée au fonds de commerce est transmise de plein droit avec les éléments qui lui servent d'attrait. Serait-il encore nécessaire de parler de *cession* de la clientèle alors que celle-ci résulte automatiquement de la transmission des éléments du fonds? La clientèle ne serait en ce cas vraiment rien qu'une ombre. En réalité, quand on parle de cession de la clientèle on vise *toute la clientèle et plus spécialement celle qui est attachée à la personne du commerçant*.

Cela peut paraître paradoxal. On dit justement que seule la clientèle commerciale peut être cédée, non celle des professions libérales, parce que la première est attachée à l'en-

1. Il est à remarquer que la proposition de loi du 21 mars 1905 parlait dans son art. 4 uniquement de la « clientèle », celle du 8 juin 1905 dans son art. 1^{er} uniquement de « l'achalandage » et dans son art. 9 de « la clientèle et l'achalandage ». La dernière proposition, en date du 20 novembre 1907, emploie les deux termes « clientèle et achalandage » constamment accouplés,

treprise tandis que la seconde tient uniquement aux qualités de la personne. La jurisprudence annule en général les ventes de clientèle de professions libérales parce que l'objet en serait hors du commerce (art. 1128, C. civ.)¹. En échange elle valide la convention par laquelle un médecin s'engage vis-à-vis d'un autre, moyennant une indemnité pécuniaire, à le présenter et recommander à ses clients, parce qu'il s'agit là d'une obligation de faire dont l'objet est parfaitement licite et possible².

Nous croyons que la différence qu'en voit habituellement entre la clientèle des professions libérales et celle du fonds de commerce ne se justifie pas. Tout d'abord, le critérium de distinction des professions libérales et commerciales est, dans bien des cas, si difficile à saisir, qu'il semble impossible de fonder sur une semblable distinction un raisonnement qui permette de reconnaître à leur clientèle respective une nature différente³. D'autre part la clientèle d'un chirurgien-dentiste n'est pas hors du commerce, parce que, si elle se produit du libre choix et de la confiance des intéressés, il en est de même de la plupart des autres clientèles qui peuvent être l'objet d'une vente valable dans la mesure où il peut en être disposé⁴. Enfin, la sanction juridique semble être la même, à quelques nuances près, dans les deux cas.

4° L'objet d'une convention par laquelle on cède la clientèle, que ce soit dans une profession libérale ou commerciale, n'est pas une obligation de donner; il n'y a rien à donner, le cessionnaire ne devient pas propriétaire d'une chose. Il devient créancier envers le soi-disant cédant, qui n'est en réalité qu'un débiteur, d'une obligation de faire certains actes et de ne pas en faire d'autres.

Voici l'obligation de faire : le médecin qui cède la clientèle est tenu de présenter et recommander son successeur

1. Req. 12 mai 1885, D. P. 86.1.175; Paris 3 août 1894, D. P. 96.2.31; Tr. civ. Châteauroux 27 juillet 1898, D. P. 99.2.255. CENDRIER, nos 23-24.

2. Paris 10 mars 1910, D. P. 1911.2.332; Angers, 28 décembre 1848, D. P. 50.2.193; Paris, 3 août 1894, précité. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil*, 5^e éd., vol. IV, § 344, p. 538, texte et note 10; CENDRIER, *loc. cit.*

3. DELALANDE, p. 29.

4. Paris 10 mars 1910, précité.

à ses clients. Le cédant d'un fonds de commerce n'a pas besoin de mettre personnellement son successeur en contact avec les clients; néanmoins, il peut y avoir même pour le commerçant une obligation de le faire dans certains cas; il peut être tenu, par exemple, de fournir au successeur une liste des clients, si l'entreprise est de telle nature qu'une liste de ce genre soit nécessaire pour que la prise de contact avec la clientèle soit possible¹.

Voici l'obligation de ne pas faire : le médecin ou le commerçant ayant cédé la clientèle est tenu de ne pas faire concurrence à l'acquéreur du cabinet ou du fonds de commerce. C'est la fameuse obligation de ne pas se rétablir qui, on le sait, est valable lorsqu'elle est limitée dans le temps et dans l'espace.

La cession de la clientèle n'a donc d'autre sens que celui d'un désistement, d'une renonciation *in favorem*². Plus spécialement la cession de la clientèle commerciale n'entraîne guère d'autre obligation que celle de s'abstenir désormais de tout acte de concurrence à l'égard du successeur; des obligations de faire ne se rencontrent qu'exceptionnellement. La sanction de la cession de la clientèle est l'action en concurrence. Dans la grande majorité des cas c'est la seule sanction. Nous croyons pouvoir affirmer que *juridiquement la cession de la clientèle se confond avec l'obligation qu'assume le cédant de ne pas faire concurrence au cessionnaire*.

5° En précisant la nature juridique de l'action en concurrence nous saisissons mieux la notion juridique de la clientèle.

a) L'action en *concurrence* proprement dite n'a pas un caractère délictuel, mais contractuel. Par contre l'action en *concurrence déloyale* a un caractère délictuel, du moins

1. Dijon, 23 déc. 1895, *Ann. dr. comm.*, 96 p. 189; Tr. com. Coulommiers 3 mai 1912, *Gaz. Pal.* 1912, 1.677.

Il a été également décidé que le vendeur doit faire connaître à l'acquéreur les tours de mains, les formules et les usages dans les spécialités pharmaceutiques : Tr. com. Saint-Quentin, 26 mars 1912, *Mon. jud. Lyon*, 10 juin 1912. CENDRIER, n° 205.

2. Pour une plus ample discussion de cette idée voir DUMOUCHEL, *op. cit.*, notamment p. 63 et s.

d'après l'opinion commune¹. Il faut, par conséquent, distinguer soigneusement les deux. L'action en concurrence déloyale peut être intentée contre toute personne, à condition qu'il soit prouvé que, par des agissements non conformes à l'honnêteté commerciale, cette personne a porté préjudice au commerçant en lui enlevant une partie de la clientèle. Ces agissements déloyaux sont notamment le fait d'avoir essayé de produire aux yeux du public une confusion entre les deux établissements commerciaux, le fait d'avoir incité un employé d'un établissement concurrent à le quitter pour l'embaucher soi-même, le fait de dénigrer les marchandises d'un établissement rival, etc. En un mot, l'action en concurrence déloyale suppose une *faute*. L'action en concurrence (tout court) suppose le simple fait que la personne qui a cédé le fonds a causé un préjudice au successeur en se rétablissant, même si aucun agissement du genre indiqué ne lui est imputable. De cette différence de fondement des deux actions il résulte, entre autres, que le cédant d'une entreprise, qui se réserve le droit de se rétablir, peut néanmoins être actionné en dommages et intérêts, s'il commet des actes de concurrence déloyale².

Les deux actions ont ceci de commun, c'est vrai, qu'elles sanctionnent le détournement d'une partie de la clientèle. Nous ne croyons pas, pourtant, que l'action en concurrence déloyale pût être regardée comme la sanction du droit à la clientèle³. *En dehors du terrain conventionnel il n'y a pas de véritable droit à la clientèle*. La clientèle dérive d'un *monopole de fait* et, en conséquence, elle ne peut prétendre à être protégée juridiquement. Toute personne est en droit de tenter d'enlever ce monopole de fait ; ce n'est que si une personne use, en vue de ce but, de moyens déloyaux, c'est-à-dire si elle commet une faute, qu'il y a lieu à une action en dommages et intérêts suivant

1. CHAUVEAU note D. P. 1927.2.143 ; WAHL, *Précis*, n°s 405 et s., p. 126-127.

2. Voir l'opinion contraire soutenue notamment par M. ESCARRA, *op. cit.*, n°s 436, 437, 438.

3. Cpr. la solution donnée par Alger, 5 mai 1926, D. P. 27.2.143 et la note

l'article 1382 du Code civil. La clientèle n'apparaît comme une valeur protégée juridiquement que lorsqu'une personne s'engage contractuellement envers une autre de s'abstenir de tout acte de concurrence. C'est alors que le monopole de fait devient un monopole de droit envers la personne qui s'est obligée.

En dehors du cas de cession de fonds de commerce, il peut y avoir des conventions tendant à la création d'un monopole par l'élimination d'un certain concurrent; certains *cartels de vente* en constituent l'exemple le plus typique. Lorsqu'une personne achète un fonds de commerce, il est naturel qu'elle veuille éliminer de l'arène un concurrent particulièrement dangereux, à savoir l'ancien propriétaire, c'est pourquoi elle exige que celui-ci promette de ne pas se rétablir. Ce désir est tellement justifié et il est tellement entré dans les mœurs que le cédant du fonds de commerce s'engage à ne pas se rétablir, qu'une jurisprudence bien établie, non seulement déclare une telle convention compatible avec la liberté du commerce et de l'industrie, à condition de ne pas être absolue, mais elle ajoute que cet engagement résulte implicitement de toute cession de fonds de commerce¹. Finalement, la loi de 1909, pour conférer au droit de gagiste (ou du vendeur privilégié) une entière efficacité, dispose que le privilège et le gage portent de plein droit sur la clientèle et l'achalandage, ce qui veut dire que le créancier gagiste (ou le vendeur privilégié) qui exerce son droit, peut exiger que le débiteur ne se rétablisse pas.

b) L'action en concurrence n'a pas le caractère d'une *action réelle en revendication*. Certains auteurs², en par-

1. Civ. 17 déc. 1912, D. P. 14.1.231; Civ. 11 mai 1898, S. 98.1.265. Req. 29 juill. 1908, S. 1909.1.291, D. P. 1909.1.281, note LACOUR. Bien que ces arrêts soient susceptibles de différentes interprétations, il semble en ressortir, qu'en absence de clause expresse de non rétablissement, le vendeur du fonds de commerce soit néanmoins tenu de ne faire aucun acte de concurrence même si ces actes ne constituent pas des faits de concurrence déloyale. Même si on voit dans l'action dont dispose l'acquéreur du fonds de commerce, en absence d'interdiction conventionnelle de se rétablir, un cas d'application de la concurrence déloyale (en ce sens LACOUR, note citée et CENDRIER, n° 233), il faut avouer que le vendeur est plus strictement tenu qu'un concurrent ordinaire (cpr. CHAUVÉAU, note précitée).

2. V. notamment GOMBEAUX, p. 77-88 et l'abondante bibliographie y indiquée.

tant de l'idée que la clientèle est une chose susceptible d'appropriation, l'ont soutenu. Pour que l'action en concurrence pût être regardée comme une action réelle, il faudrait qu'elle soit opposable à tout le monde. Or, l'action en concurrence ne peut être intentée qu'au vendeur du fonds de commerce qui se rétablit. L'action en concurrence déloyale, elle, peut être intentée à toute personne ; mais elle s'ouvre, comme nous l'avons vu, uniquement à la suite d'agissements fautifs d'un concurrent ; elle n'a, par conséquent, pas plus que l'action en concurrence d'ailleurs, un caractère réel, mais purement délictuel.

On a voulu déduire du caractère réel de l'action en concurrence l'obligation du failli de ne pas se rétablir, alors que par le fait de son rétablissement il peut faire concurrence à l'exploitant actuel du fonds tombé dans la masse¹. La solution contraire nous semble plus exacte. De même que le failli ne peut être obligé de fournir un travail pour le compte de la masse, on ne peut lui imposer une abstention. L'action en concurrence est la sanction de l'obligation de ne pas se rétablir ; en l'occurrence, le failli n'a contracté aucun engagement de ce genre.

c) L'action en concurrence n'est pas une *action en garantie* comme en cas de vente². Les articles 1626 et suivants du Code civil sont étrangers à notre matière.

Tout d'abord l'article 1626 ne peut être invoqué parce que « la concurrence n'est pas une éviction, c'est-à-dire la reprise de la chose vendue par un tiers »³.

L'action en concurrence n'est pas une action en garantie du fait personnel, conformément à l'article 1628, parce que l'ainsi appelé « acquéreur de la clientèle » n'a pas un droit réel à défendre. Il serait par conséquent faux d'annuler la clause par laquelle le vendeur du fonds de commerce se réserve le droit de se rétablir en disant qu'une

1. GOMBEAUX, p. 79 ; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, vol. 8, n° 688.

2. Dans le sens de l'affirmative, v. AUBRY et RAU, vol. 5, § 355, p. 76 texte et note 2 ; LACOUR, t. I, n° 840, p. 492, CENDRIER, n° 233 ; certains arrêts semblent également se référer aux art. 1626 et s., p. ex. Req. 29 juill. 1908, précité, *adde* Paris, 18 avril 1901, S. 1905.2.14.

3. WAHL, *Précis*, n° 360.

telle clause constitue une exonération de son fait personnel¹.

Ce qu'on peut dire, c'est que, la « vente de la clientèle » se confondant juridiquement avec l'obligation de ne pas faire concurrence, la réserve expresse du droit de se rétablir est logiquement incompatible avec la « vente de la clientèle ». En conséquence, en présence d'une clause expresse de rétablissement, il n'y a juridiquement pas vente expresse de rétablissement, il n'y a juridiquement pas vente de la clientèle. La clause de rétablissement est parfaitement valable : quitte à voir si une vente comprenant le nom, l'enseigne, le droit au bail, le mobilier et les marchandises en magasin constitue ou non une véritable

1. La Cour de cassation (Req. 27 mars 1905, S. 1906.1.508) a décidé que, bien que la clientèle d'un commerçant se trouve à l'ordinaire comprise dans la vente d'un fonds de commerce, le juge du fait peut valablement interpréter la volonté des parties dans le sens que la clientèle est exclue de la vente et que le vendeur est autorisé à se rétablir.

La Cour d'Alger dans l'arrêt précité du 5 mai 1926 a reconnu la valeur de la clause par laquelle le vendeur se réserve le droit de faire concurrence; elle est allée peut-être trop loin en admettant que le vendeur peut faire librement concurrence et non seulement la concurrence légitime et ordinaire, mais encore des actes que comportent les tolérances réciproques impliquées dans les projets avoués ou non des parties; V. les critiques adressées à cet arrêt par M. CHAUVÉAU dans sa note sous cet arrêt *loc. cit.*; *adde* CHÉRON, *Rev. crit.*, 1929, p. 2.

La question de la validité de la clause de rétablissement s'est posée plusieurs fois devant les tribunaux au cas de dissolution d'une société; voici un arrêt caractéristique de la Ch. req. 5 janv. 1915, S. 18-19.174 : « Attendu que le pourvoi reproche à l'arrêt attaqué de n'avoir point attribué à l'acte de dissolution de la Société S... les effets découlant nécessairement d'un partage, en ce qu'il aurait reconnu à Jacques S... (l'un des copartageants) le droit d'installer un magasin dans le voisinage immédiat de celui conservé par Arnold S... (l'autre copartageant), alors que l'interdiction de ce faire résultait de l'obligation de garantie que se doivent les copartageants, et que la stipulation qui aurait pour objet de décharger ceux-ci de la garantie de leurs faits personnels serait nulle; Attendu que le juge du fonds a pu déclarer que la convention, aux termes de laquelle la valeur de l'achalandage et de la clientèle du fonds de commerce était considérée comme nulle, et les parties déclarées seulement attributaires, chacune de l'un des deux magasins appartenant à la société, ne devait pas produire les effets susindiqués du partage... La réglementation du droit de se rétablir ne constituait à aucun titre, la violation d'une obligation de garantie que les parties se seraient due et dont elles n'auraient pu se décharger comme résultant d'un fait personnel... » V. aussi Civ. 17 juill. 1844, S. 44.1.678; 5 févr. 1855, D. P. 55.1.440; 2 mai 1860, D. P. 60.1.218; Req. 22 octobre 1923, D. P. 24.1.77.

Il faut remarquer aussi que le vendeur rachète parfois son droit de se rétablir, on ne peut mettre en doute la validité d'une pareille convention. V. Lyon, 1^{er} mars 1926, D. H. 26.259.

vente de fonds de commerce, alors que la clientèle est exclue de l'opération.

d) *L'action en concurrence est en réalité une action contractuelle sanctionnant une obligation de ne pas faire.* Il appartient aux parties de fixer l'étendue de l'obligation, c'est ce qu'elles font dans la plupart des cas, en fixant les lieux où le vendeur ne pourra pas de rétablir, la durée de cette interdiction, les genres de commerce interdits. En absence de clause expresse ou, ce qui arrive sensiblement au même, si la clause est nulle parce que, conçue dans des termes trop généraux, elle porte atteinte à la liberté du commerce, il y a néanmoins interdiction contractuelle implicite pour le vendeur de faire concurrence à l'acheteur. Les tribunaux ont en ce cas un large pouvoir d'appréciation de l'étendue de l'obligation du vendeur, qui est en tout cas plus stricte que celle d'un concurrent ordinaire. La réserve du droit de se rétablir est valable, mais elle n'affranchit pas le vendeur de sa responsabilité délictuelle au cas de concurrence déloyale.

Pour résumer et conclure notre étude de la clientèle, rappelons ce que nous avons constaté dans l'essence :

1° La source de la valeur de la clientèle se trouve dans un monopole de fait.

2° La clientèle (ou achalandage) n'est pas une qualité des éléments du fonds de commerce, mais intervient au contraire comme élément distinct dans les opérations sur un fonds de commerce.

3° Au cas de cession de clientèle on vise plus spécialement celle qui est attachée à la personne du commerçant, parce que celle qui est attachée aux éléments du fonds est transmise automatiquement comme une qualité de ces éléments.

4° La cession de la clientèle commerciale s'opère juridiquement par l'engagement que prend le cédant de ne pas faire concurrence au cessionnaire.

5° En dehors du domaine contractuel il n'y a aucun droit à la clientèle.

II. Les autres éléments incorporels.

A. *Le droit au bail* est un des éléments les plus importants du fonds de commerce, surtout dans ces petites entreprises auxquelles on pense de préférence, lorsqu'on parle des fonds de commerce en général.

Le droit au bail est mentionné par la loi parmi les éléments compris dans le nantissement et le privilège même en dehors de clause expresse. Il présente ce double caractère d'être un droit de créance et de procurer au commerçant la jouissance d'un immeuble nécessaire à l'exploitation. Nous nous réservons à cause de cela de parler de son importance au moment où nous nous demanderons si certaines créances et certains immeubles ne peuvent pas faire partie du fonds de commerce.

B. *Le nom et l'enseigne*¹. — Le nom commercial est l'appellation sous laquelle une personne exerce le commerce. Il faut distinguer le nom commercial du nom patronymique du commerçant. Celui-ci est incessible. Le nom commercial, par contre, sert plutôt à caractériser le fonds, ou, pour parler comme M. Valéry, la maison de commerce; il fait, par conséquent, partie du fonds de commerce.

La sanction du nom commercial est l'action en concurrence déloyale. Bien que celle-ci soit une action délictuelle, on peut considérer le droit au nom comme un véritable droit réel de nature incorporelle, parce que l'action en concurrence déloyale est ouverte par la simple usurpation du nom; le simple fait de détourner la clientèle ne constitue pas une concurrence déloyale, nous l'avons vu, il faut prouver en outre, des agissements immoraux à la charge du concurrent, c'est pourquoi nous avons refusé de reconnaître l'existence d'un droit réel à la clientèle².

Du nom commercial, il faut rapprocher l'*enseigne*; elle aussi sert à individualiser le fonds de commerce aux yeux du public. De nos jours, elle consiste le plus souvent dans le nom commercial apposé sur la devanture et sur le papier

1. V. notamment POUILLET, *Traité théorique et pratique des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres*, 6^e éd., Paris 1912.

2. *Contra*, ESCARRA, n^o 438, p. 439.

commercial. L'enseigne est la propriété du titulaire du fonds. Il peut en interdire l'usage à tous ceux qui, suivant les circonstances, pourraient créer par là, une confusion aux yeux du public.

Le nom et l'enseigne font partie du nantissement et du privilège, même en dehors d'une clause expresse (art. 1^{er} al. 2 et art. 9 al. 3).

C. *Les brevets d'invention.* — Le brevet d'invention est un titre délivré par l'Etat à une personne qui prétend avoir fait une découverte industrielle et qui assure à l'inventeur, au cas où il y aurait découverte originale, un droit exclusif d'exploitation pendant un certain temps. Il est régi par la loi du 5 juillet 1844, modifiée par celle du 7 avril 1902 et complétée par les articles 3 et 4 de la loi du 26 juin 1920. Nous n'entrerons pas dans l'étude des conditions requises pour qu'il y ait protection, ni du mode de cession du brevet.

Les brevets d'invention sont, économiquement, un élément fort important du fonds de commerce; bien qu'ils soient facilement détachables du reste des éléments, il y a le plus souvent intérêt à les maintenir réunis. Aussi, la loi de 1909 les a-t-elle énumérés parmi les éléments qui peuvent faire partie du nantissement du fonds, à condition toutefois, qu'il y ait désignation expresse et précise dans l'acte (art. 9 al. 1^{er}).

Il faut remarquer que la loi de 1909 a expressément indiqué (art. 24, deux derniers alinéas) qu'elle ne voulait en rien modifier le régime de la transmission des brevets, ainsi d'ailleurs que celle des autres monopoles d'exploitation qui seront énumérés plus loin. Par conséquent, au cas de vente ou de nantissement du fonds de commerce, en outre des formalités prévues par la loi de 1909, il faut observer celles qui sont propres aux brevets d'invention.

A côté des brevets, il faut mentionner les *certificats d'addition* qui, conformément à l'article 9, alinéa 2, suivent le sort des premiers, alors même que le certificat d'addition est postérieur au nantissement, ainsi que les *licences*, comprises dans l'énumération de l'article 9, alinéa 1^{er}.

D. *Les marques de fabrique et de commerce.* — La marque

est un signe matériel qui, apposé sur des produits, en affirme l'origine. Le fabricant ou commerçant assure de cette manière une certaine notoriété à l'entreprise ; en empêchant toute confusion, il pourra profiter du renom qu'il s'est créé. Le droit exclusif de se servir de la marque, s'acquiert par la priorité de l'usage ; mais la protection n'est pleinement efficace que lorsque la marque est déposée conformément à la loi du 23 juin 1857 (modifiée et complétée par plusieurs textes ultérieurs).

Etant donnée l'importance que peuvent avoir les marques dans une exploitation, la loi de 1909 les a énumérées parmi les éléments pouvant être compris dans le gage (art. 9, 3^e al.).

E. *Les dessins et modèles* sont l'objet d'une protection légale pour leur auteur, s'ils sont déposés conformément à la loi du 14 juillet 1909. Ils font partie du fonds de commerce au même titre et dans les mêmes conditions que les brevets et les marques.

F. *Les droits de propriété littéraire et artistique.* — Le monopole d'exploitation, résultant de la cession de ces droits consentie par un écrivain ou un artiste au commerçant, peut aussi faire partie du fonds de commerce. Ils peuvent être compris dans le gage au même titre que les droits de propriété industrielle.

Enfin, on comprend généralement dans la vente du fonds de commerce, à moins de stipulation contraire, les médailles et récompenses, tout au moins lorsqu'elles ne sont pas strictement personnelles. On discute sur le point de savoir si le vendeur du fonds de commerce est tenu de laisser à l'acquéreur les livres de commerce ; le vendeur a intérêt de les retenir, parce qu'ils pourraient lui servir comme mode de preuve ; le successeur peut y puiser des renseignements précieux sur le mode d'exploitation de l'entreprise.

III. *Les éléments corporels mobiliers.*

A. *Le matériel.* — On entend par là, le mobilier commercial, l'outillage et plus généralement tout objet corporel de caractère mobilier, non destiné à être vendu et présentant un certain degré de stabilité.

Il est parfois difficile de distinguer le matériel des marchandises; la distinction présente un intérêt pratique au cas de nantissement du fonds de commerce ainsi qu'au cas d'usufruit. Des divers critères ont été donnés pour savoir notamment dans quelle catégorie ranger les matières premières qui se consomment¹; nous n'entrons pas dans cette discussion.

Suivant l'article premier, alinéa 3 et l'article 9, alinéa premier, le matériel peut faire partie du nantissement et du privilège du vendeur, à condition toutefois, qu'il y ait une mention expresse en ce sens.

La question du matériel immobilisé par destination, fait l'objet de grandes difficultés que nous rappelons brièvement.

On sait qu'une jurisprudence, qui s'est formée vers la fin du siècle dernier², a admis que, l'article 524 du Code civil n'étant pas limitatif, l'immobilisation pouvait se produire dans des exploitations autres que les exploitations agricoles. Le matériel d'une exploitation commerciale ou industrielle est immobilisé par le seul fait qu'il est placé dans l'immeuble par le propriétaire et qu'il est destiné spécialement à l'exploitation de cet immeuble.

En réalité, le matériel immobilisé se rattache à la fois à l'immeuble et au fonds de commerce.

Du fait qu'il se rattache à l'immeuble, il fait partie du gage des créanciers hypothécaires. D'autre part, l'article 9 (al. 1^{er}) ne distingue pas, il n'y a, par conséquent, aucune raison *a priori* pour que le matériel immobilisé ne soit pas compris dans le nantissement du fonds de commerce. Il en résulte un conflit fréquent entre les créanciers hypothécaires et les créanciers nantis sur le matériel commercial ou industriel, immobilisé par destination. La loi de 1909 n'a rien voulu changer au régime des hypothèques. Le défaut de raccordement du régime du nantissement et de

1. HANUS, *Etude du fonds de commerce envisagé comme moyen de crédit*, thèse Nancy, 1920, n° 61, p. 70; MONTIER et FAUCON, *De la vente et du nantissement des fonds de commerce*, 3^e éd. Paris 1914, n° 41; DELALANDE, p. 56-58; CENDRIER, n° 370.

2. Paris, 22 mai 1868, D. 89.2.72; Req. 20 décembre 1875, D. 76.1.343; Lyon, 17 févr. 1900, D. 1903,2.249 et la note de M. VALÉRY.

celui de l'hypothèque, est une des plus graves lacunes de la loi de 1909; elle ne peut être comblée d'une manière satisfaisante par l'appel aux principes généraux du droit¹; on est d'accord qu'au point de vue législatif la meilleure solution est celle qui tranche le conflit selon l'ordre des dates des inscriptions de l'hypothèque ou du nantissement. C'est cette solution qui est prévue par la proposition de loi actuellement soumise au Parlement².

Signalons également que des difficultés surgissent au cas où le fonds de commerce, et l'immeuble dans lequel il est exploité, cessent, à la suite d'une vente, d'appartenir au même propriétaire. Le matériel immobilisé reprend-il son caractère mobilier et dans quelles conditions? Nous croyons que ces conditions sont les mêmes que celles du droit commun, qu'il n'y a notamment pas à tenir compte de ce que le matériel immobilisé, série d'objets corporels, fait partie d'un fonds de commerce qui, selon l'opinion la plus répandue, a le caractère de meuble incorporel³.

B. Les marchandises. — Les marchandises constituent souvent un élément fort important du fonds de commerce. Bien que dans certains genres de commerces, la valeur des marchandises en magasin soit insignifiante ou nulle, bien que les ventes de fonds de commerce se fassent souvent sans les marchandises, la tendance qui se manifeste actuellement d'abaisser les marchandises au rang d'élément accessoire des éléments incorporels ne nous paraît pas justifiée.

Sous l'empire de la loi du 1^{er} mars 1898, on se demandait si les marchandises pouvaient être comprises dans le

1. D'après un système les créanciers hypothécaires ont toujours le pas sur les créanciers natis : Req. 20 janv. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913.1.212 (V. les conclusions conformes de M. l'avocat général FEUILLOLEY) S. 1920.1.33, note contraire WAHL; Amiens, 2 avril 1930 D. 32.2.95, note CHÉRON. D'après un autre, le conflit doit se régler selon leur date respective; WAHL, *Précis*, p. 126, n° 402, note précitée et note sous Aix 12 févr. 1912, S. 13.2.281; DELALANDE, p. 68; cpr. PERCEROU, note sous Dijon, 30 mars 1908, D. 09.2.153.

2. Proposition du 22 févr. art. 41 : « En cas de conflit entre un vendeur ou un créancier nanti inscrit sur un fonds de commerce et un créancier ayant hypothèque sur le matériel d'exploitation du fonds devenu immeuble par destination, le prix du matériel se distribue entre ces créanciers d'après les dates respectives de leurs inscriptions, sauf en ce qui concerne les hypothèques dispensées d'inscription pouvant grever l'immeuble... »

3. *Contra*, voir CENDRIER, n° 102.

nantissement opéré au moyen de l'inscription au greffe; nous passons sur cette controverse qui donna lieu à de nombreux arrêts dans les deux sens. La loi de 1909 fit part aux arguments des deux côtés, en excluant les marchandises du nantissement (art. 9), mais en laissant aux parties la faculté de les englober dans le privilège du vendeur (art. 1^{er}).

Une question assez délicate au point de vue théorique, se pose à propos des marchandises envisagées comme élément du fonds de commerce. Les marchandises sont destinées à être vendues, mais il existe à tout moment, un stock qui se renouvelle sans cesse. Economiquement, peut-être aussi juridiquement, les marchandises constituent un élément permanent du fonds de commerce. C'est ainsi qu'on explique généralement le fait que le créancier gagiste exerce son droit sur les marchandises existant dans le magasin au moment où le gage s'exerce. Nous reviendrons sur cette question au moment où nous parlerons, dans notre chapitre III, sur la nature juridique du nantissement du fonds de commerce.

§ 2. *Eléments dont on conteste en général la faculté de faire partie du fonds de commerce : créances et immeubles.*

Il est certain que les créances et les immeubles ne peuvent pas être compris dans le nantissement du fonds de commerce, conformément à la loi de 1909; l'article 9 contient une énumération limitative. Il y a néanmoins, un lien de fait entre ces éléments et les autres, lorsqu'ils concourent à la même exploitation.

D'ailleurs, il y a un élément qui fait sûrement partie du fonds de commerce, c'est le droit au bail. Le droit au bail, est, d'une part, une créance; il a pour objet, d'autre part, la jouissance d'un immeuble. En considérant l'importance du droit au bail, on sera amené à admettre que d'autres créances peuvent faire partie du fonds de commerce, et à apprécier le lien étroit qui existe entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité.

La valeur du droit au bail a pour cause l'esprit routinier

du public qui, obéissant à la loi du moindre effort, entre de préférence dans la boutique établie sur son passage ou à proximité de sa demeure. Dans le petit commerce surtout, s'il y a un élément du fonds de commerce qui sert à fixer la clientèle, c'est surtout l'emplacement du magasin ou du débit de boissons.

Dès avant les lois sur le fonds de commerce, la notion de fonds de commerce était étroitement liée à celle du droit au bail. Les deux notions étaient à tel point confondues, qu'on tentait de donner le fonds de commerce en nantissement moyennant simplement la signification faite au bailleur (et la remise des titres d'acquisition du fonds, s'il y en avait).

La loi du 17 mars 1909 classe le droit au bail parmi les éléments soumis de pleins droit, sauf stipulation contraire, au privilège du vendeur (art. 1^{er}, 2^e al.) ou au gage (art. 9, al. 3).

La jouissance des locaux, tellement importante pour les commerçants, avait le défaut d'être précaire. Rien n'empêchait le propriétaire de l'immeuble de refuser la continuation du contrat et de bailler les locaux à un tiers faisant le même genre de commerce; il enlevait ainsi au commerçant la plus-value due à l'activité du dernier. La loi du 30 juin 1926 (plusieurs fois modifiée depuis) assura pratiquement au commerçant le renouvellement de son bail en créant ainsi ce qu'on appelle la « propriété commerciale ».

L'article 9 de la proposition du 22 février porte que « en cas de location industrielle ou commerciale, les dispositions de l'article 1717 du Code civil demeurent applicables. Toutefois, si le bail stipule que la sous-location ou la cession du bail peut avoir lieu avec le consentement du bailleur ou au profit d'une personne agréée par lui, le bailleur ne peut refuser d'accepter comme sous-locataire ou cessionnaire du bail, la personne à laquelle le fonds de commerce a été transmis, à moins de motifs graves dont il devra saisir le tribunal civil ou le juges de paix, suivant leur compétence respective, dans la huitaine de la notification qui lui aura été faite par le locataire. L'acquéreur pourra entrer en possession à la

date fixée par son contrat et y sera maintenu, si le bailleur succombe dans son action ».

La jurisprudence a décidé que la vente du fonds de commerce pouvait être annulée au cas de refus du propriétaire de l'immeuble de consentir à la cession du bail ainsi qu'au cas de déclaration par le vendeur d'un bail d'une durée supérieure à sa durée réelle¹. Il s'agit là, en somme, de l'interprétation de la volonté des parties. Mais la jurisprudence a peut-être exagéré l'importance du droit au bail, en le considérant parfois comme un élément sans lequel le fonds de commerce n'existe pas, ou en appliquant à la cession séparée du droit au bail, les règles propres à la vente du fonds de commerce.

Il en ressort, en tout cas, que le droit au bail est un élément d'une grande importance du fonds de commerce.

Il faudrait tout un volume pour étudier la transmission des créances et des dettes comprises dans un fonds de commerce. Nous faisons ici simplement quelques remarques pour mettre en évidence que, bien que le fonds de commerce ne soit nullement ce qu'on appelle une universalité de droit, l'exclusion des obligations de la notion de fonds de commerce ne doit pas être entendue d'une manière trop rigoureuse².

On admet généralement qu'une vente de fonds de commerce ne comporte une transmission des créances et des dettes de l'exploitation qu'en vertu d'une convention expresse des parties. La transmission se fait, d'ailleurs, d'après les moyens de droit commun : cession-transport pour les créances, délégation imparfaite pour les dettes. Ceci est exact ; nous dirons même, en parlant de la vente du fonds de commerce, que les cessions de créances comprises dans la vente du fonds, ne sont pas dispensées de l'accomplissement des formalités de l'article 1690. Quant aux dettes, il est évident que l'acquéreur du fonds de commerce n'en est tenu qu'en vertu d'une clause expresse et

1. V. DELALANDE, p. 94, et les renvois (notes 3 et 4).

2. V. surtout l'article de M. LEPARGNEUR, dont le titre indique à lui seul le sens dans lequel il est conçu : « *De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs aux biens transmis* » (Rev. trim., 1924, p. 481-583, notamment n° 20-22, p. 539-547).

que, dans ce cas même, le vendeur du fonds de commerce n'est pas libéré envers le créancier (sauf au cas purement hypothétique où le créancier l'aurait libéré).

La cession du droit au bail tient sûrement une place à part, en ce sens qu'elle est toujours comprise dans les opérations sur le fonds de commerce. Or, la cession du bail est une cession de créance ou, plus exactement, c'est la cession du bénéfice d'un contrat synallagmatique à exécution successive. Pourquoi a-t-on admis cette exception à la non-transmission des obligations? Parce que le droit à l'usage des locaux est une question vitale pour de nombreuses entreprises. Sans l'exercice du droit au bail, la continuation du commerce serait souvent impossible. Le droit au bail est une créance qui sert à l'exploitation du fonds, à la différence des créances habituelles qui en sont plutôt un résultat. L'obligation correspondante du locataire de payer le loyer est transmise comme une contre-partie de son droit.

Des raisons analogues nous déterminent de faire entrer dans la composition du fonds de commerce encore d'autres contrats. En effet, il y a des contrats qui sont souvent tout aussi importants que le droit au bail pour la continuation du commerce. Ils sont normalement transmis avec les autres éléments concourant à l'exploitation et, à ce titre, on peut dire qu'ils sont des véritables éléments du fonds de commerce.

1° Un contrat unilatéral qui fait toujours partie du fonds de commerce est *la stipulation de ne pas se rétablir*. On sait que l'obligation de ne pas faire concurrence profite à tous les acquéreurs successifs du fonds¹. Que le bénéfice de cette clause passe d'un acquéreur à l'autre en vertu d'une cession de créance implicite ou en vertu de l'article 1122, en tant que stipulation relative à une chose (le fonds de commerce), peu nous importe; en tout cas, si les acquéreurs n'en profitaient pas, la continuation du commerce serait souvent impossible.

1. Tr. com. Montereau, 2 janv. 1900, confirmé par Paris 21 févr. 1900, D. 02.2.476; Aix 1^{er} févr. 1873, D. 74.5.309, V° Liberté du commerce, n° 3. LÉPARGNEUR, *op. cit.*, p. 514 et les nombreux renvois.

Nous avons soutenu précédemment que la cession de la clientèle n'avait aucune autre portée juridique que celle d'engendrer cette obligation de la part du cédant. Or, « la clientèle » est sûrement un élément du fonds de commerce et encore un « élément essentiel », selon l'opinion commune.

2° *Les contrats de louage de services* sont, comme le contrat de bail, des contrats synallagmatiques à exécution successive et sont souvent nécessaires à l'exploitation. Il est vrai que ces contrats ont une importance qui varie beaucoup avec les différents genres d'entreprises. C'est notamment dans les entreprises théâtrales que la jurisprudence a reconnu l'importance des contrats passés avec les acteurs, c'est pourquoi elle a décidé que les derniers passent à l'acquéreur du théâtre. Ainsi, il a été jugé que l'artiste qui contracte envers un directeur de théâtre un engagement pour un certain nombre d'années, est réputé s'être également engagé vis-à-vis de l'acquéreur subséquent du théâtre¹; néanmoins, le directeur n'est pas tenu, par le seul fait de la cession, de l'exécution des contrats passés par son prédécesseur, alors qu'il ne les a pas acceptés d'une façon expresse ou tacite²; enfin, l'artiste n'est pas obligé de continuer le contrat, alors que le nouveau directeur du théâtre en a abaissé le caractère³. Pour les autres contrats de louage de services, il y a quelques arrêts ayant reconnu qu'ils étaient transmis avec le fonds de commerce⁴. Il faut remarquer que le cédant n'est pas dégagé de toute responsabilité envers celui qui a loué ses services⁵.

3° Il y a des entreprises commerciales qui se composent essentiellement de créances et de dettes, notamment les

1. Tr. civ. Seine, 6 octobre 1880, confirmé par Paris, 8 août 1882, D. 83.2.93 et la note anonyme.

2. Req. 16 juill. 1889, D. 90.1.440.

3. Paris, 25 févr. 1892, D. 92.2.255.

4. Paris, 4 août 1896, D. 97.2.476, note PLANIOL. Certains arrêts n'admettent pas que l'employé soit obligé à la continuation du contrat, sans doute pour la cause qu'il a été conclu *intuitu personae* de la part de l'employé Lyon, 8 janvier 1848, D. 48.2.175, S. 48.2.404; Paris, 11 avril 1908, D. 09.2.196.

5. La Cour de Paris dans son arrêt précité du 4 août 1896 a méconnu ce principe, en disant que l'employé n'est lié qu'à l'entreprise, non au patron, ce qui est vivement critiqué par PLANIOL, note précitée, ainsi que par M. LÉPARGNEUR, *op. cit.*, p. 543.

entreprises d'assurances. La cession d'une entreprise d'assurances n'est pas autre chose que la cession du portefeuille. La jurisprudence a décidé que les assurés peuvent de ce fait, exiger le paiement à la compagnie nouvelle; le mécanisme par lequel s'opère la transmission de l'obligation à la compagnie nouvelle semble être une délégation sans novation¹.

4° On peut rapprocher des exemples précédents quelques espèces où la jurisprudence, en interprétant la volonté des parties, a décidé que l'acquéreur d'un fonds de commerce bénéficiait de plein droit des *marchés en cours*. Le tiers qui a traité avec le cédant, sans qu'il ait eu en vue spécialement la personne de celui-ci, est obligé de continuer le contrat avec le cessionnaire². Toutefois, le cessionnaire du fonds de commerce n'est pas tenu de prendre livraison d'une commande faite par le cédant et qu'il n'a pas ratifiée³. Il arrive assez souvent que l'acquéreur s'engage par l'acte de vente du fonds de commerce, de prendre les contrats en cours à sa charge; il est alors obligé de s'y conformer⁴.

Ces créances, qui sont normalement transmises avec le fonds de commerce, ne semblent pourtant pas pouvoir être comprises dans le nantissement, étant donné le caractère limitatif de l'article 9; il y a néanmoins, un arrêt qui a décidé que le droit d'exploitation d'une concession de service public, peut faire l'objet d'un nantissement dans les termes de la loi de 1909⁵.

1. Req., 17 novembre 1886, S. 88.1.378; — Req., 26 juin 1883, D. 84.1.155; — Douai, 19 novembre 1879 et les autres espèces, S. 82.2.1, note de LABBÉ. Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 3 juillet 1905, *Pand. fr.* 1906.6.16, décide même, dans une circonstance semblable, que la transmission des créances et dettes est considérée comme une véritable cession de fonds, de commerce (non un contrat de réassurance), soumise par suite à l'application de la loi du 28 février 1872 pour l'enregistrement ».

Sur la cession d'un cabinet d'affaires, v. Paris, 15 octobre 1920, *Ann. dr. com.*, 1921, p. 166, note ROUSSEAU, *Gaz. Pal.*, 1920.2.410 (solution implicite).

2. Req., 16 avril 1872, D. 73.1.73; — Civ., 10 mai 1897, D. 98.1.73; — Paris, 16 janvier 1896, S. 97.2.47 (dans la dernière espèce, il s'agissait d'un contrat d'édition; *cpr.* Paris, 20 avril 1894, D. 94.2.241, S. 95.2.41, note APPERT).

3. Lyon, 29 avril 1931, D. H. 31.308, *Rev. trim.*, 1931.888.

4. Req. 17 février 1931, *Rec. Gaz. trib.*, 1931.1.22; — Tr. com. Le Havre, 10 janvier 1930, D. H. 1931, *Somm. V° « Fonds de commerce »*.

5. Toulouse, 30 avril 1913, *Gaz. Pal.*, 13.2.49.

Nous croyons pouvoir généraliser ces exemples et dire que *toutes les fois que le bénéfice d'un contrat est nécessaire à l'exploitation d'un commerce, il est censé faire partie d'une opération portant sur le fonds de commerce.*

Une objection au nom des principes généraux du droit peut être opposée à la transmission des contrats. En effet, si on peut stipuler pour autrui, on ne peut promettre pour autrui. Le cessionnaire du fonds de commerce peut devenir créancier, mais il ne peut devenir débiteur. *Quid* au cas de transmission des contrats synallagmatiques, où l'acquéreur devient à la fois créancier et débiteur si la transmission s'accomplit ? Demolombe¹ estime qu'il serait inadmissible que l'ayant cause à titre particulier succédât au côté actif de la convention, alors que le côté passif est sans effet pour lui ; il ne peut donc jamais se prévaloir de ces contrats synallagmatiques. M. Lépargneur² n'est pas du même avis : « Supposons, dit-il, par exemple, que la stipulation entraîne pour le bien transmis un avantage considérable, mais que corrélativement elle comporte la charge de payer une redevance infime, quelques francs si l'on veut. La théorie de Demolombe aboutit à ce résultat qu'en pareil cas l'acquéreur ne peut pas utiliser le bénéfice de la stipulation, même si, en fait, il est tout prêt à s'acquitter de l'obligation corrélatrice. On ne s'expliquerait vraiment pas que cette résistance d'une charge infime pût ainsi avoir pour résultat de paralyser définitivement le droit dérivant de la stipulation. »

Voici comment M. Lépargneur fait l'analyse juridique de la situation : « Le droit résultant de la stipulation relative à la chose passe bien, même en ce cas, à l'acquéreur à titre particulier. Seulement, le cocontractant n'est naturellement tenu d'exécuter son obligation que s'il y a exécution corrélatrice de la clause qui lui profite, car les deux obligations se servent réciproquement de cause. Il suit de là que l'action en exécution exercée par l'ayant cause à titre particulier pourra se trouver paralysée par l'except-

1. *Cours de Code Napoléon*, éd. 1877, t. XXIV, p. 267.

2. *Op. cit.*, n^{os} 20 et 21, p. 539 et s.

tion *non adimpleti contractus* de la même façon que pourra l'être l'action exercée par son auteur. Néanmoins, si l'ayant cause tient à profiter du bénéfice de la stipulation, un moyen naturel s'offre à lui, c'est d'exécuter la charge corrélatrice, même si son titre d'acquisition ne la lui a pas imposée. Du moment qu'il exécute cette charge, le cocontractant doit nécessairement remplir au profit de l'ayant cause l'engagement qu'il a pris au profit du stipulant primitif. »

Comme on voit, on peut trouver une justification théorique de ce que la jurisprudence a admis depuis longtemps.

Des immeubles peuvent-ils faire partie du fonds de commerce? — L'importance du droit au bail comme élément du fonds de commerce met en lumière le lien étroit qui existe entre l'exploitation et les locaux où elle est installée. Le même lien de fait existe alors que l'immeuble où le fonds de commerce est exploité appartient au commerçant même¹. Il est vrai que dans les petits commerces de détail, où la valeur du fonds est véritablement en fonction de son emplacement, le commerçant est rarement propriétaire de l'immeuble. Ce sont ces mêmes fonds qui font l'objet des transactions les plus fréquentes, qui sont aussi la cause du plus grand nombre de procès². Mais il ne faut pas oublier qu'à l'autre bout de l'échelle se trouvent les grandes exploitations industrielles qui constituent aussi des fonds de commerce; ces exploitations comportent des immeubles qui appartiennent le plus souvent à la même personne physique ou morale que les éléments mobiliers.

1. Remarquons que d'après une jurisprudence récente, le droit au bail ne s'éteint pas par le fait que l'immeuble est acquis par le commerçant. La Cour de Paris avait décidé (24 février 1931, D. P. 31.2.17) que dans ce cas, le droit au bail s'éteint par *confusion*, que les créanciers nantis, même inscrits avant l'acquisition de l'immeuble par leur débiteur, sont mal fondés à en invoquer la survivance. M. LALOU, dans sa note sous cet arrêt, remarqua justement que la Cour avait méconnu la nature juridique de la confusion, qui est moins un mode d'extinction de la créance qu'un empêchement d'agir. La Cour de cassation (Civ., 12 juillet 1933, D. H. 33.441) fit part à cette objection, en cassant ledit arrêt.

2. C'est, semble-t-il, pour la même raison que le Code civil ne parle pas de l'immobilisation par destination commerciale (COLIN et CAPITANT, vol. 1, p. 684).

Un lien économique très étroit lie ces immeubles aux autres éléments du fonds de commerce, notamment lorsque ces immeubles ont été aménagés spécialement en vue de l'exploitation. Le lien entre l'immeuble et l'entreprise ne résulte pas ici de la situation plus ou moins favorable de l'immeuble en vue de sa faculté d'attirer des clients, mais dans l'aménagement technique de l'exploitation. Économiquement le fonds de commerce et l'immeuble forment un seul tout ; ils ne peuvent être séparés sans grande dépréciation de l'un et de l'autre. Il n'y a donc aucune différence *a priori* entre le cas où le fonds est exploité dans un immeuble propre et le cas où l'immeuble appartient à autrui.

Existe-t-il un lien juridique entre l'immeuble et les autres éléments de l'exploitation ? L'opinion dominante exclut entièrement l'immeuble de la notion de fonds de commerce ; on peut néanmoins citer des auteurs qui ne voient pas d'inconvénient à l'inclusion des immeubles dans le fonds de commerce¹.

La véritable raison de l'exclusion est la considération que le fonds de commerce est un bien unique qui a la nature d'un meuble incorporel. Il en résulte qu'en faisant entrer l'immeuble dans le fonds de commerce, on aurait fait prendre à l'immeuble le caractère de meuble incorporel, ce qui est manifestement contraire aux grands principes du droit civil. Nous discuterons plus loin le bien-fondé de la théorie du fonds de commerce meuble incorporel. Remarquons pour le moment que, pour la construire, on est obligé de jeter par-dessus bord un élément souvent fort important du fonds de commerce ; certains auteurs² qui excluent l'immeuble du fonds de commerce reconnaissent plus ou moins directement que c'est au fond illogique, l'immeuble étant un élément, comme les autres éléments du fonds de commerce, affecté spécialement à l'exploitation et devant en principe en faire partie.

1. DELALANDE, p. 82-92 ; VALÉRY, note sous Lyon, 17 février 1900, D. 1903.2.249 (p. 250, 2^e colonne) ; MAGNIN, *Ann. dr. com.*, 1900, p. 28 ; CENDRIER n^{os} 94 et 95.

2. V. par exemple CATALAN, p. 56-58 et p. 68-69.

Quelques arrêts ont compris l'immeuble dans le fonds de commerce, pour appliquer au tout les règles propres au fonds de commerce, meuble incorporel¹. Cette jurisprudence est critiquable; si on considère le fonds de commerce comme un bien unique, meuble incorporel, il faut exclure l'immeuble du fonds de commerce; si on le considère comme un ensemble de biens, chacun gardant sa propre nature, le fait d'englober l'immeuble dans cet ensemble ne saurait en aucun cas changer la nature de l'immeuble.

Si dans ces arrêts des immeubles sont englobés dans le fonds de commerce malgré ces graves objections, c'est qu'on a reconnu l'étroit lien de fait qui les y attache. Notre opinion est que le fonds de commerce peut comprendre des immeubles mais que ceux-ci ne sont nullement ameublis². De ce fait, l'inclusion des immeubles dans le fonds de commerce n'entraîne que peu de conséquences pratiques; il est certain notamment que les immeubles ne peuvent être compris dans le nantissement du fonds consenti au moyen des formalités prévues par la loi de 1909.

Du point de vue théorique, si on admet que le fonds de commerce comprend logiquement les immeubles spécialement affectés à l'exploitation, à moins de considérer l'immeuble comme étant ameubli, ce qui serait manifestement erroné il faut décider que le fonds de commerce est un ensemble de biens de catégories différentes qui gardent leur propre nature juridique.

Il est faux de partir de l'idée préconçue que le fonds de commerce a telle ou telle nature juridique pour déterminer par la suite sa composition. Il est faux surtout de dire que le fonds de commerce est un bien mobilier, qu'il ne peut par conséquent pas comprendre des immeubles.

1. Montpellier, 29 novembre 1897, reproduit sous Civ., 15 mai 1899, D. 99.1.353 («... les immeubles doivent être considérés comme ameublis, rentrant dans la dot mobilière et régis par les mêmes règles qu'elle »); *adde*, la note de M. VALÉRY précitée. — Pau, 6 novembre 1911, D. 1912.2.375, S. 13.2.193, note WAHL; cet arrêt, rendu par application de la loi de 1898, avait compris dans le nantissement les bâtiments spécialement construits et aménagés par le commerçant pour son exploitation.

2. Dans le même sens, voir DALALANDE et CENDRIER, *loc. cit.*

Le caractère de bien unique et mobilier ne peut pas résulter de l'affirmation *a priori* que le fonds de commerce ne comprend que des meubles, tout d'abord parce qu'il peut comprendre des immeubles et puis, alors même qu'il ne comprendrait que des meubles, il serait composé de meubles corporels et incorporels, consommables et non consommables; d'après sa composition il ne ressort nullement que le fonds de commerce soit un meuble incorporel, corps certain. La donnée réelle est que le fonds de commerce est un ensemble varié susceptible de comprendre toutes les catégories de biens; c'est de cette donnée qu'il faut partir pour établir la nature juridique du fonds de commerce.

Section. — II Le rapport des éléments du fonds de commerce entre eux

§ 1. *La question des éléments essentiels.*

Il est certain que les divers éléments que nous venons de passer en revue ne peuvent pas être mis sur plan d'égalité. D'après la loi du 17 mars 1909, nous croyons pouvoir les grouper dans les quatre classes suivantes :

1° Le premier groupe d'éléments, formé de l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, jouit d'une situation privilégiée. Suivant l'article premier, alinéa 2, le privilège du vendeur ne porte, à défaut de désignation précise dans l'acte qui le constitue, que sur ces éléments. Suivant l'article 9, alinéa 3, le nantissement ne comprend, à défaut de désignation expresse et précise, que ces mêmes éléments. Il faut remarquer que tous ces éléments sont incorporels, mais tous les éléments incorporels n'y sont pas compris.

2° Il y a des éléments qui peuvent être compris dans le nantissement et dans le privilège du vendeur moyennant mention expresse dans l'acte et dans l'inscription, à savoir: le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant

à l'exploitation du fonds et les droits de propriété industrielle, littéraire et artistique (art. 1^{er}, al. 3 et s. et art. 9, al. 1-3).

3° Les marchandises peuvent bien être comprises dans le privilège du vendeur, mais sont exclues du nantissement (art. 1^{er} et art. 9).

4° Les immeubles ne peuvent être compris ni dans le privilège, ni dans le nantissement (malgré l'arrêt isolé de la Cour de Pau, précité). Ils peuvent néanmoins faire partie du fonds de commerce. Quant aux créances autres que le droit au bail et la clause de non concurrence, on peut douter s'il faut les ranger dans la deuxième ou la quatrième classe. Il y a des arrêts qui ont admis qu'elles peuvent être comprises dans le nantissement¹; d'autres l'ont refusé². L'énumération de l'article 9 semble être strictement limitative, il faut donc exclure les créances du nantissement.

Cette classification ne vaut pas pour des points de vue autres que le contenu des sûretés réelles portant sur le fonds de commerce. Ainsi, l'article 5 (al. 2 *in fine*) la brouille, en prescrivant que la surenchère du sixième portera sur « le prix principal du fonds de commerce, non compris le matériel et les marchandises ». Par « prix principal » il faut sans doute entendre le prix de tous les éléments incorporels. L'article 23 (al. 1^{er}) dit que la surenchère du dixième portera sur ces mêmes éléments.

Il ressort incontestablement de la loi de 1909 que les éléments incorporels ont une certaine prédominance sur les autres, ce qui d'ailleurs ne nous impose pas de considérer les éléments corporels comme un simple accessoire des premiers. Les distinctions que la loi fait constamment sont justement le résultat de ce que les éléments corporels ne peuvent pas toujours suivre le sort des éléments incorporels³. Contrairement à une opinion assez répandue,

1. Toulouse, 30 avril 1913, *Gaz. Pal.*, 13.2.49.

2. Aix, 27 avril 1903, S. 1905.2.289 (2^e esp.), note WAHL; — Trib. com. Flers, 15 mai 1900, D. 1901.2.97 (3^e esp.).

3. V. sur le sens de la prédominance des éléments incorporels : Grenoble, 30 décembre 1911, S. 13.2.233 (1^e esp.); cet arrêt a été confirmé en Cassation : Civ., 17 décembre 1919, D. 22.1.123, *Gaz. Pal.*, 20.1.102.

nous ne croyons pas qu'on puisse tirer une conséquence relative à la nature juridique du fonds de commerce de cette prédominance des éléments incorporels; nous revien-drons par la suite sur cette importante question. Pour le moment il y a lieu de se demander si on peut conclure de la hiérarchie des éléments établie par la loi de 1909 à l'existence d'un ou de plusieurs éléments *essentiels* pour la formation de la *notion* de fonds de commerce.

La question des éléments essentiels présente de grands inté-rêts pratiques. Il est certain que la loi de 1909 ne s'appli-que qu'à un ensemble ayant réellement le caractère de fonds de commerce; elle ne s'applique pas notamment à une opération portant sur un ou plusieurs éléments d'un fonds. Bien qu'il y ait eu quelques arrêts dissidents, du moins en apparence, la question ne peut faire sérieusement de doute. Y a-t-il à cet égard un ou plusieurs éléments *essen-tiels*, de manière à pouvoir conférer à eux seuls à une opé-ration le caractère d'une opération sur un fonds de com-merce? Et, pour être logique, le défaut de ce même élé-ment, ou de ces mêmes éléments, enlève-t-il à l'opéra-tion le caractère d'opération sur un fonds de commerce?

Dans un certain système il est conféré à un seul des éléments du fonds de commerce le caractère d'élément essentiel. La notion de fonds de commerce se réduirait de cette manière presque entièrement à cet élément. Ce système est suspect dès le premier abord, parce que l'élé-ment choisi comme essentiel n'est pas toujours le même d'après les différentes opinions.

On attribue souvent le caractère d'élément essentiel à la *clientèle ou achalandage*¹. On ne s'occupe guère de démontrer pourquoi; bien que la cession de la clientèle commerciale ne se conçoive que dans le cadre d'une cession de fonds de commerce, nous ne croyons pas que la cession de la clientèle soit indispensable pour caractériser une vente de fonds de commerce. En voici les raisons :

1. Riom, 27 juin 1928, D. 29.2.33. — GOMBEAUX, p. 105 et s.; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, vol. III, n° 240.

C'est en droit anglais notamment que la notion de fonds de commerce se réduit essentiellement à la clientèle (*goodwill*); V. JENKS, *Digeste de droit civil anglais*, 2^e éd., 1923, art. 1676-1680, V° « Goodwill ».

1^o Il y a des établissements qui par leur nature n'ont pas à proprement parler de clientèle ou dont la clientèle n'a aucune valeur. Ce sont notamment les entreprises industrielles¹. Leur seule valeur est constituée par la puissance de fabrication; l'activité des ventes n'entre pas en ligne de compte. Pourtant la vente d'une entreprise industrielle est bel et bien soumise à la nécessité d'accomplir les formalités prescrites par la loi de 1909.

De même une entreprise qui bénéficie d'une concession de distribution d'énergie électrique : elle n'a qu'un seul client, la commune. La Cour de Toulouse² a décidé que le droit à l'exploitation de cette entreprise pouvait être donnée en gage selon la loi de 1909, ce qui est peut-être inexact, étant donné que l'article 9 exclut les créances du nantissement. Néanmoins une opération sur une telle entreprise constitue indubitablement une opération sur un fonds de commerce.

2^o De ce que la clientèle constitue une valeur économique en tant que source de *rente différentielle*, il résulte que toute une série d'entreprises n'en jouissent pas ou guère. Ce sont notamment les entreprises nouvellement fondées³. Il est exact, ce que M. Gombeaux remarque⁴, que la clientèle existe toujours, du moins à l'état embryonnaire dans les entreprises nouvelles; il y a au moins une chance de conclure des nouvelles affaires (ce qu'il appelle l'« achalandage »). Mais cette clientèle réduite (ou achalandage) a-t-elle une valeur sensible? Evidemment, non. Depuis le décret Le Chapelier de 1791 le nombre des entreprises qu'on peut fonder n'est pas limité. Pourquoi consentirait-on de payer plus cher pour acquérir un fonds de commerce alors que celui-ci ne jouit pas d'une clientèle plus importante que n'en aurait l'entreprise qu'on pourrait fonder à tout moment?

1. Civ., 17 juillet 1844, S. 44.1.678 et la note anonyme. — AUBRY et RAU, vol. V, § 335, p. 77, note 2; *cpr.* THALLER et PERGEROU, n° 79, p. 65; LACOUR, t. 1, n° 128, p. 82.

2. Toulouse, 30 avril 1913, *Gaz. Pal.*, 13.2.49.

3. Cf. CATALAN, p. 56.

4. GOMBEAUX, p. 76 et s.

3° Il se peut qu'il y ait des fonds de commerce bénéficiant d'une clientèle ayant une valeur sensible, mais qui soient vendus sans la clientèle. En effet, nous savons que la clientèle ne constitue pas un droit réel sur un bien. C'est seulement lorsqu'elle est transmise qu'elle est protégée juridiquement, à savoir par l'action en concurrence exercée contre le cédant. Au point de vue juridique la vente de la clientèle et l'obligation de ne pas se rétablir se confondent ou presque.

Quid au cas où la vente du fonds de commerce se fait avec la stipulation expresse que le vendeur peut se rétablir, en faisant concurrence au cessionnaire? Nous avons vu plus haut que l'action en concurrence n'a rien de commun avec l'action en garantie pour un fait personnel du cédant, par conséquent la clause par laquelle le rétablissement est réservé est pleinement valable. *La portée véritable de cette clause est qu'il n'y a pas, dans ce cas, vente de la clientèle.*

Cette clause est d'usage assez courant¹. Décidera-t-on dans tous ces cas qu'il n'y a pas véritable vente de fonds de commerce? Ce serait à la vérité bien grave! Rien de plus facile que l'insertion d'une pareille clause, alors surtout que l'acquéreur n'a, en fait, rien à craindre de la concurrence du cédant, qui est, par exemple, un vieux commerçant voulant se retirer des affaires. Pour éviter une fraude trop facile, il faut décider qu'il y a néanmoins vente de fonds de commerce, soumise comme telle à la loi du 17 mars 1909, à celle du 27 février 1912 ainsi qu'au régime fiscal spécial des fonds de commerce.

Il est vrai que certains arrêts ont décidé que dans l'espèce qui leur était soumise il n'y avait pas vente de fonds de commerce, en remarquant que la vente ne comprenait pas la clientèle². Nous croyons qu'il serait exagéré de dire

1. Nous avons vu que cette clause ne s'applique pas aux actes de concurrence déloyale; — V. Civ., 2 mai 1860, D. 60.1.218; 5 février 1855, D. 55.1.440; — Req., 5 janvier 1915, S. 18-19.1.74; — 29 juillet 1908, S. 09.1.291; — Alger, 5 mai 1926, D. 27.2.143, note CHAUVÉAU.

2. Paris, 19 mars 1923, S. 25.2.93; — Paris, 29 janvier 1921, D. 22.2.103, confirmé par Req., 22 décembre 1923, D. 24.1.77; — l'arrêt de la Chambre des requêtes du 17 mars 1905, S. 06.1.508, décide que le vendeur peut vala-

qu'il n'y a jamais vente de fonds de commerce sans qu'il y ait vente de la clientèle. Ce n'est en somme qu'une question de fait que celle de savoir si le fonds de commerce a été transmis ou non.

Le droit au bail n'est sûrement pas indispensable. On a reconnu qu'un commerçant ambulant¹ ou un tripiier exerçant son métier dans un marché public² peuvent bien donner leur fonds en nantissement dans les termes de la loi de 1909, bien qu'ils ne soient pas attachés à un local. D'autre part, pour un commerçant en gros qui ne traite avec ses clients que par correspondance ou par l'intermédiaire de ses représentants, le droit au bail de l'immeuble où sont installés ses bureaux ne représente aucune valeur³. Autrement dit, l'utilité de l'immeuble correspond exactement au loyer; l'acheteur d'un pareil fonds de commerce ne consentirait pas à payer quelque chose en plus pour la cession du droit au bail⁴.

Nous repoussons d'autant plus l'opinion suivant laquelle les éléments énumérés dans les articles 1^{er}, alinéa 2 et article 9, alinéa 4, ceux sur lesquels portent le privilège du vendeur ou le nantissement à défaut de désignation précise dans l'acte, sont des éléments indispensables pour qu'il y ait opération sur un fonds de commerce; nous ne croyons pas, notamment, quoi qu'on en ait dit⁵, que l'assiette

blement exclure la clientèle de la vente de son fonds de commerce et se réserver le droit de se rétablir et de faire concurrence à son successeur. L'arrêtiiste anonyme justifie cette solution en disant que ce n'est pas un fonds de commerce qui a été vendu, mais uniquement le matériel du fonds; nous ne croyons pas que la Cour de cassation ait voulu dire cela.

1. Trib. com. Marseille, 13 juin 1929, D.H. 1931, somm., p. 39, V^o « Fonds de commerce ». Cette solution est consacrée par la proposition du 22 février 1928, dont l'article 6 est libellé comme suit : « En cas de vente d'un fonds de commerce sans situation fixe, l'inscription du privilège du vendeur est prise sur le registre tenu au greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel le vendeur a son domicile ou sa résidence fixe d'après la déclaration qu'il en a faite, conformément à l'article 1^{er} de la loi du 16 juillet 1912, et dont il sera fait mention dans l'acte... »

2. Trib. com. Seine, 4 avril 1911, *Gaz. trib.*, 23 juillet 1911.

3. Note Léon MAZEAUD, D. 1929.2.33.

4. La Cour de cassation a récemment décidé de manière formelle que l'exclusion du droit au bail dans la vente après faillite d'un fonds de commerce de vente de chaussures n'empêche pas qu'il y ait véritable vente de fonds de commerce : Req., 23 octobre 1934, D. H. 34.521. Dans le même sens, v. Civ., 17 juillet 1928, D. H. 28.510.

5. ESCARRA, n^o 504, p. 551; — *cpr.* Civ., 17 juin 1918, S. 22.1.313, D. 22.

minima du nantissement soit formée par ces éléments. En plus des arguments déjà indiqués, remarquons que la cession du *nom commercial* a été reconnue comme pouvant faire défaut d'une véritable cession de fonds de commerce¹.

S'il n'y a pas d'élément indispensable, quel critérium prendre pour savoir dans quel cas il y a opération sur un fonds de commerce? C'est en réalité une pure question de fait². Il faudra se demander si les éléments cédés suffisent pour que le cessionnaire soit en état de continuer la même entreprise. Les éléments nécessaires à la continuation de l'entreprise sont à la fois nécessaires et suffisants pour caractériser une opération sur un fonds de commerce³. On ne peut préciser davantage quels sont ces éléments, parce que les entreprises commerciales et industrielles sont trop différentes les unes des autres.

Pratiquement, l'existence d'une clause de non rétablissement, c'est-à-dire la vente de la clientèle, indique nettement qu'il y a vente de fonds de commerce. Non pas, certes, que la vente de la clientèle soit à elle seule suffisante⁴; mais à la vérité on ne peut concevoir une vente de clientèle isolée.

Voit-on, comme nous, dans la vente de la clientèle rien qu'une obligation de s'abstenir de certains actes? Cette obligation n'a aucun sens si elle n'est l'accessoire de la cession de différents éléments qui permettent réellement de poursuivre le commerce. Voit-on, au contraire,

1. 128 et la note de M. ROUSSEAU; commentaires de M. CHÉRON, *Rev. crit.*, 1925, p. 448 et 1930, p. 419. Ce dernier arrêt a, fort judicieusement d'ailleurs, cassé l'arrêt de la Cour de Bourges du 24 février 1914, D. 15.2.83, qui avait admis le nantissement aux termes de la loi de 1909 portant sur le seul matériel d'exploitation; mais nous croyons qu'il serait exagéré d'affirmer que le nantissement doit en tout état de cause porter sur tous les éléments énumérés par le 3^e alinéa de l'article 9.

1. Req., 3 février 1909, S. 09.1.481, note LYON-CAEN; Montpellier, 14 avril 1925, D. H. 25.447; Alger, 5 mai 1926, D. 27.2.143, note CHAUVEAU.

2. Comparer ESCARRA, n° 462; CHÉRON, note sous Paris, 10 novembre 1928; D. 32.2.20; L. MAZEAUD, note précitée.

3. Nous avons déjà cité un arrêt de la Chambre des requêtes du 3 juillet 1905, *Pand. fr.*, 06.6.16 qui voit dans la cession d'un portefeuille d'assurances une véritable vente de fonds de commerce. *Add.*, Toulouse, 30 avril 1913, *Gaz. Pal.*, 13.2.49.

4. Cf. CHÉRON; note précitée.

dans la vente de la clientèle la vente des moyens d'attirer la clientèle ou quelque chose de similaire? Il faut alors se poser la question subsidiaire : quand y a-t-il transmission de ces moyens, pour qu'il y ait transmission de la clientèle? La réponse est encore que c'est une question de fait¹ : on arrive sensiblement au même critérium que celui que nous avons adopté.

Il y a eu dans les dernières années une jurisprudence abondante sur la question de savoir quand une opération sur une série d'éléments d'un fonds de commerce a le caractère d'une opération sur un fonds de commerce. Fait curieux, certains arrêts montrent une tendance diamétralement opposée à la théorie des éléments indispensables. Ces arrêts étendent largement le champ d'application des lois sur la vente des fonds de commerce dans le but de protéger les intérêts des créanciers ou du fisc². Il serait faux d'aller jusqu'à affirmer, comme l'un des arrêts³, que « ... la loi du 17 mars 1909 s'applique aussi bien à la vente séparée d'un ou de plusieurs éléments d'un fonds de commerce qu'à l'ensemble des éléments constituant ce fonds... ; s'il n'en était pas ainsi, la protection des créanciers du commerçant contre le dommage que peut leur causer l'aliénation du fonds de commerce par le débiteur qu'a voulue la loi du 17 mars 1909 pourrait n'être qu'illusoire... » Tout aussi exagérée est la formule que la simple cession du droit au bail, par exemple, entraîne de plein droit cession du fonds de commerce⁴. Il est néanmoins vrai que les lois du 17 mars 1909 et du 27 février 1912 peuvent s'appliquer à la vente des éléments séparés alors que celle-ci recèle une véritable vente de fonds de commerce ; la cession du droit au bail peut cacher une véritable vente de fonds de commerce, si telles sont les circonstances de fait.

1. L. MAZEAUD, note précitée.

2. Civ. 11 janvier 1927, D. H. 27.116 ; — Paris (6^e chambre) 12 juin 1928, D. 29.33, S. 29.2.44 ; — Paris (2^e chambre), 10 novembre 1928, D. 32.2.20, S. 29.2.44.

3. Paris, 10 novembre 1928 précité.

4. Paris, 12 juin précité. V. la critique de ces arrêts : notes CHERON, D. 32.2.20 et MAZEAUD, D. 29.2.33 ; — ESCARRA, n° 461, p. 480.

En conclusion, nous croyons que la vérité se trouve dans une solution en quelque sorte intermédiaire : il n'y a pas de contenu légal, d'assiette minima d'une opération sur un fonds de commerce ; néanmoins les lois le concernant ne s'appliquent qu'à un ensemble ayant réellement le caractère d'un fonds de commerce, ce qui résulte des circonstances de fait.

§ 2. *Le contenu variable du fonds de commerce.*

Le nombre des éléments compris dans le fonds de commerce varie suivant le point de vue auquel on se place. Du point de vue économique, la notion du fonds de commerce est assez facile à déterminer : elle comprend tous les biens qui sont affectés à l'exploitation. La volonté de l'homme ne suffit d'ailleurs pas pour faire entrer un bien dans le fonds de commerce : il faut que ce bien desserve réellement l'exploitation. Une automobile qui sert uniquement à l'usage personnel du commerçant ne peut faire partie du fonds de commerce. Aucune autre restriction n'est faite.

Juridiquement, la notion de fonds de commerce est plus difficile à fixer. En principe il faut se référer à la notion économique et comprendre dans le fonds tous les biens affectés à l'exploitation. Mais des restrictions sont imposées par des prescriptions légales. La composition du fonds de commerce varie juridiquement d'après les situations¹.

La limite supérieure de ce que le fonds de commerce peut comprendre au point de vue juridique est fixée par la composition économique de l'entreprise. Il en résulte, par exemple, que l'automobile à usage privé du commerçant ne peut être comprise dans le nantissement du fonds de commerce sous couleur qu'elle ferait partie du matériel de l'exploitation.

Une limite inférieure, en faisant abstraction de la controverse que nous avons vue dans le paragraphe précédent, n'est pas fixée par la loi d'une manière générale.

1. ESCARRA, n° 430.

Néanmoins, comme déjà dit, une opération portant sur un fonds de commerce ne peut être reconnue comme telle que si elle comprend tout au moins les éléments qui sont indispensables pour la continuation de l'exploitation; nous revenons indirectement à la notion économique.

Dans certains cas la loi a fixé la composition du fonds de commerce :

1^o A défaut de désignation expresse et précise par les parties, le nantissement (art. 9, al. 3) et le privilège du vendeur (art. 1^{er}, al. 2) ne portent que sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

2^o Le nantissement du fonds de commerce peut comprendre, outre les éléments précédents, le matériel de l'exploitation ainsi que les droits de propriété industrielle, littéraire et artistique qui y sont attachés (art. 9, al. 1^{er}).

3^o Le privilège du vendeur peut comprendre les marchandises en plus des éléments précédents (art. 1^{er}, al. 3-5).

4^o En cas de résolution de la vente, le vendeur est tenu de reprendre les éléments ayant fait partie de la vente (art. 2, al. 3).

5^o La surenchère qui peut être faite dans les différents cas ne porte que sur le « prix principal du fonds de commerce, non compris le matériel et les marchandises » (art. 5, al. 2 et art. 23, al. 1^{er}).

Comme on voit, la loi n'a pas fixé d'une manière uniforme la composition du fonds de commerce. Elle n'a prévu que des cas spéciaux, bien déterminés. Ce serait mal raisonner que de vouloir déduire de ces dispositions éparses une règle unique et rigide. Pour savoir à un moment donné ce qui doit rentrer dans le fonds de commerce, à défaut de disposition expresse, légale ou contractuelle, il ne reste plus qu'à se référer à la notion économique. Aucune autre limite ne peut être fixée d'avance à la composition du fonds de commerce que le critérium de l'affectation à l'entreprise. De ce fait, il n'y a aucune raison d'exclure dans tous les cas les immeubles et les créances.

Voici quelques exemples pour illustrer ce qui vient d'être dit :

1^o Un arrêt déjà ancien de la Cour de Paris¹ a décidé que, à défaut de désignation précise par le testateur, le legs d'un fonds de commerce comprend les droits, créances et recouvrements en dépendant, en vertu de l'article 1018 du Code civil. La formule donnée par cet arrêt est peut-être trop générale; nous dirions que le legs doit comprendre les droits et créances qui sont nécessaires pour faire marcher l'exploitation, comme le droit au bail, les contrats avec le personnel (dans certains cas), etc.

2^o Pour résoudre les multiples difficultés en cas d'usufruit légal ou conventionnel du fonds de commerce, il faut comprendre comme objets de l'usufruit tout ce qui économiquement dépend de l'entreprise, qu'on envisage l'usufruit d'un fonds de commerce comme l'usufruit d'un objet unique², ou qu'on considère qu'il y a autant d'objets d'usufruit qu'il y a d'éléments.

3^o Au cas de vente de fonds de commerce, alors que les parties n'ont pas indiqué de manière détaillée ce que la vente comprend, il faut encore se référer à la large notion économique de fonds de commerce. Les tribunaux saisis d'une demande d'interprétation peuvent décider, suivant les circonstances de la cause, que, par exemple, les bâtiments où s'exploite l'industrie font partie de la vente³.

4^o Il doit en être logiquement de même dans les hypothèses prévues par les articles 15 et 20 où la vente en bloc du fonds de commerce est requise par une personne intéressée : il faut procéder à la vente de tous les éléments qui dépendent du fonds de commerce. Il est douteux, néanmoins, que cette solution, imposée par la logique, soit compatible avec les termes de ces articles.

En conclusion de notre chapitre premier, le fonds de commerce nous apparaît comme un ensemble formé par des biens pouvant appartenir à toutes les catégories juridiques. Son contenu varie, d'une part, d'après les diffé-

1. Paris, 12 avril 1833, S. 33.2.306.

2. DELALANDE notamment, p. 182.

3. Cf. CENDRIER, n^o 94.

rentes entreprises dont il s'agit et, d'autre part, suivant le point de vue auquel on se place. Rien qu'en analysant les différents éléments du fonds de commerce et les rapports entre eux, le lien qui les unit semble assez fragile, ce qui rend sujette à caution la théorie d'après laquelle le fonds de commerce serait un bien unique. C'est l'analyse juridique de ce lien qui fera l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE II

ETUDE THÉORIQUE DE LA NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE

Questions préliminaires.

Le fait même d'étudier « la nature juridique du fonds de commerce » implique une certaine prise de position envers le concept de fonds de commerce. En effet, on reconnaît par la-même tout d'abord que le fonds de commerce, a une existence juridique, puis, de manière plus indirecte que tous les fonds de commerce ont la même nature juridique, malgré l'extrême diversité des entreprises.

On pourrait se contenter de considérer ces deux principes comme des axiomes, de dire simplement qu'il est évident que le fonds de commerce a une existence juridique et par conséquent une nature juridique, de même qu'il est évident que tous les fonds ont la même nature. Ce serait assez mal raisonner. Le second point surtout peut faire de doute, c'est pourquoi nous croyons utile de justifier notre point de vue relativement à ces questions avant d'aborder l'analyse de la nature juridique du fonds de commerce.

1^o On a pu soutenir autrefois que le fonds de commerce n'est qu'un assemblage de valeurs sans aucune existence juridique. D'après ce système, le fait de réunir différents biens dans une entreprise commerciale ou industrielle ne comporte aucune conséquence juridique. Le « fonds de commerce » ne serait qu'un mot, *flatus vocis*¹.

1. Cet épithète a été donné parfois à la notion d'universalité en général et,

Cette théorie, dans ses conclusions extrêmes, a toujours été étrangère à la jurisprudence française¹. On n'a jamais considéré comme indifférent au point de vue juridique que des biens soient affectés à une entreprise commerciale et qu'ils soient par là destinés à être possédés ensemble.

Dès que la question de la compétence des notaires ou des commissaires-priseurs pour la vente publique des fonds de commerce s'est posée pour la première fois en jurisprudence, les tribunaux ont reconnu que la vente de cet ensemble doit se faire en bloc². L'accord n'est pas entièrement fait en jurisprudence sur la manière de trancher le conflit entre les deux classes d'officiers publics, mais, à notre connaissance, il n'y a absolument aucun arrêt qui ait ordonné la vente séparée des éléments corporels de ceux incorporels.

L'unité du fonds de commerce a été reconnue de très bonne heure encore à un autre égard. La Cour de Paris décida le 12 avril 1833³ qu'en vertu du principe que la chose léguée doit être délivrée avec tous ses accessoires nécessaires (art. 1018, C. civ.), le legs d'un fonds de commerce comprend tous les droits, créances et recouvrements en dépendant.

En tout cas, à l'heure actuelle l'existence juridique du

indirectement, au fonds de commerce. V. GARY, p. 277 et les auteurs cités, p. 277 et s.

1. Il en est autrement en droit italien, suivant FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, p. 811 et s. Cet auteur range le fonds de commerce parmi ce qu'il appelle les « organizzazione di cose e di diritti — istituti ed imprese ». Ces organismes auraient une existence purement économique et manqueraient de toute individualité propre. Les idées de M. FERRARA contiennent une part de vérité, comme nous le verrons plus loin, mais, dans cette forme outrée la formule n'est acceptable que tout au plus en droit italien, où le fonds de commerce n'a pas en core fait l'objet d'une réglementation telle que la loi de 1900. D'ailleurs, même d'après cet auteur, l'affectation des biens à une entreprise n'est pas sans entraîner au moins cette conséquence juridique d'être retenue comme indice de la volonté des parties qui, en disposant entre vifs ou à cause de mort du fonds de commerce, ont voulu le considérer comme un tout.

2. Parmi les premiers arrêts rendus sur cette question, V. Paris, 4 décembre 1823, S. 24.2.77, confirmé par Cass., 27 février 1826, S. 26.1.271. Les conclusions du Procureur général Mourre sont caractéristiques : « Un brevet d'invention, un bail, une généralité de marchandises, formant ensemble un corps que nous regardons comme indivisible, ou du moins comme une matière qu'on ne pourrait diviser sans le plus grand préjudice... »

3. S. 1833.2.306.

fonds de commerce est consacrée législativement, notamment par la loi du 17 mars 1909¹.

2^o Du moment que le fonds de commerce a une existence juridique, il faut chercher à caractériser cette idée de fonds de commerce. En tant qu'institution juridique, le fonds de commerce doit être toujours égal à lui-même. Pour caractériser au point de vue juridique cette institution, il faut retenir uniquement les traits communs à tous les fonds de commerce ; pour déterminer les conséquences juridiques qu'entraîne la réunion des différents biens dans le fonds de commerce, il faut retenir uniquement les conséquences communes à tous les cas qui nous occupent. En un mot, la nature juridique du fonds de commerce doit être déterminée de telle manière qu'elle convienne à tous les fonds de commerce.

Ceci n'exclut d'ailleurs pas que deux fonds de commerce, bien qu'ayant la même nature juridique, soient soumis, sur certains points, à des règles différentes. En effet, nous savons que, d'une part, le fonds de commerce est un ensemble de biens de nature variée ; que, d'autre part, l'importance relative de ces éléments dépend des cas. De cette différence de structure il pourra résulter un régime à certains points de vue différent. Mais cette différence de *régime* ne correspondra nullement à une différence de *nature*. La différence de régime est une conséquence de certains caractères secondaires du fonds de commerce, c'est-à-dire de caractères qui, n'étant pas communs à tous les fonds de commerce, n'en forment pas la nature juridique.

Pour être plus clairs, voici un exemple : dans le système qui prévaut en jurisprudence, la compétence pour les ventes publiques des fonds de commerce appartient tantôt aux notaires, tantôt aux commissaires-priseurs, suivant la valeur prédominante des éléments corporels ou incorporels. Ce n'est pas faire violence au principe de l'unité de la nature du fonds de commerce. On peut, en effet, concevoir que la nature juridique soit indifférente pour la détermination de cette

1. En ce sens V. JAUFFRET, « Des garanties du vendeur impayé d'un fonds de commerce », *Rev. crit.* 1929, p. 151-228, notamment, p. 166.

question de compétence; celle-ci peut se déterminer simplement d'après la structure interne du fonds de commerce; or, la structure interne du fonds de commerce n'en est pas forcément un caractère essentiel.

Mis à part les sérieux inconvénients pratiques d'un système qui attribuerait au fonds de commerce tantôt une nature, tantôt une autre, ce système pêche donc par un défaut de logique. C'est pourquoi nous rejetons d'emblée des formules telles que celle-ci : « Il faudra faire varier la nature juridique de l'universalité *sui generis* qu'est un fonds de commerce suivant les éléments qui le composent »¹, ou que cette autre : « la loi du 1^{er} mars 1898 n'a pas donné à tout fonds de commerce un caractère général d'universalité juridique en réunissant ses divers éléments en un tout, toujours incorporel »². En réalité, si tous les fonds de commerce ne sont pas des biens incorporels, il faut en conclure que le caractère de bien incorporel n'est pas de la nature du fonds de commerce. Et nous ne croyons pas que, si le fonds de commerce n'est pas de sa nature un bien incorporel, il se voie attribuer ce caractère dans certains cas seulement, c'est ce que nous discuterons par la suite.

Section I. — La nature juridique du fonds de commerce et la notion d'universalité.

En général, lorsqu'on parle de la controverse sur la nature juridique du fonds de commerce, on ne manque pas de réduire le problème au schéma suivant : le fonds de commerce est-il une universalité de droit ou une universalité de fait ? Le but de la présente section est d'essayer de démontrer que la question qui nous intéresse est grandement embrouillée par l'appel qu'on fait à la notion d'universalité et qu'elle gagne à être posée en dehors du problème, plus vaste et plus difficile à résoudre, des universalités. On peut, croyons-nous,

1. FIALON, *Du nantissement des fonds de commerce*, thèse Bordeaux, 1909, p. 7-8. Adde, FAUCHILLE, note sous Req., 13 mars 1888, *Ann. dr. com.* 88, 1.171; — MAGNIER et PRUVOST, *Du nantissement constitué sur les fonds de commerce*, 1895, n° 9, p. 22 et 23, n° 27, p. 58-59 et n° 33, p. 65-66.

2. Alger, 7 mars 1906, D. 1910.5.55.

discuter la nature juridique du fonds de commerce sans s'inquiéter s'il est une universalité de droit ou une universalité de fait ; le résultat auquel on aboutit n'en sera peut-être que plus près des réalités.

§ 1. *L'obscurité de la notion d'universalité
dans ses applications faites au fonds de commerce.*

En passant en revue les arrêts de jurisprudence et les passages des auteurs qui ont pris partie sur la nature juridique du fonds de commerce, en faisant appel aux notions d'universalités, on est obligé de constater une grande confusion quant au sens attribué aux notions d'universalité de droit et d'universalité de fait. Les arrêts surtout qualifient à tort et à travers le fonds de commerce d'universalité de droit, d'universalité de fait et, ce qui ne simplifie pas les choses, le plus souvent d'« universalité juridique », notion encore plus obscure que les précédentes¹. Les conséquences que ces arrêts déduisent du caractère d'universalité de droit, de fait ou juridique concédé au fonds de commerce sont absolument déconcertantes, du moins à première vue. Un passage en revue de la jurisprudence et de la doctrine montrera qu'il est impossible de réduire la controverse au dilemme : le fonds de commerce est-il une universalité de droit ou une universalité de fait ?

Il est bien difficile de donner une classification des arrêts et des opinions exprimées par les auteurs. Nous essayerons toutefois de les grouper suivant certaines idées, mais non pas tant pour donner une vue d'ensemble sur les diverses théories en présence, que pour montrer la confusion produite par la notion d'universalité.

I. On dit en général que le fonds de commerce n'est pas une universalité de droit, en entendant par là que le fonds de commerce ne constitue pas un patrimoine à part, c'est-à-dire qu'il ne comporte pas un passif propre. C'est le plus souvent à cet égard qu'on oppose à la notion d'universalité

1. Sur l'obscurité de la notion d'universalité juridique, V. GOMBEAUX, p. 37-38 et GARY, p. 22.

de droit la notion d'universalité de fait¹. Comme nous avons dit dans l'introduction du présent ouvrage, la question de savoir si le fonds de commerce comporte un passif propre ne se discute plus guère aujourd'hui et n'a jamais été sérieusement discutée en France. C'est pourquoi nous avons refusé de discuter le problème de l'individualité du fonds de commerce sur le plan des sujets de droit. La question ne s'est d'ailleurs pour ainsi dire pas posée dans la jurisprudence.

La situation serait assez claire si elle n'était pas embrouillée par la notion d'*universalité juridique*.

Dans une première conception, qu'on pourrait appeler classique, l'expression d'universalité juridique est synonyme d'universalité de droit. Ainsi, Aubry et Rau² considèrent le patrimoine comme une universalité de droit ou universalité juridique, à laquelle ils opposent l'universalité de fait, telle qu'une bibliothèque ou un troupeau. Le fonds de commerce ne constitue pas une universalité juridique³ et ne comprend donc pas les dettes actives ou passives, à moins de convention contraire. Dans le même sens est prise l'expression d'universalité juridique par Baudry-Lacantinerie et Tissier⁴ qui qualifient comme telle l'hérédité.

En traitant plus spécialement du fonds de commerce, la majorité des auteurs affirment que celui-ci ne constitue

1. Ch. ROBERT, note D. 1903.2.169, notamment p. 173, 2^e colonne : « Le fonds de commerce, s'il ne constitue pas une universalité de droit, c'est-à-dire un patrimoine commercial, séparé des autres biens du commerçant, constitue du moins une universalité de fait, un tout, dans lequel les éléments corporels... s'absorbent comme les éléments incorporels... et, dont on ne peut, dès lors, les exclure *a priori*, en dehors de toute manifestation contractuelle de volonté ». — BONNECASE, *Supplément au Baudry*, vol. IV, p. 521 : « Mais surtout l'universalité de droit se sépare de l'universalité de fait en ce que les éléments actifs réunis dans son sein sont, en quelque sorte, reliés entre eux par la nécessité de répondre d'un passif inhérent à leur groupement originaire. » — V. aussi VOIRIN, « Propriété et responsabilité dans les baux ayant pour objet une exploitation », *Rev. trim.*, 1931, p. 285 et s., notamment, p. 292.

2. Vol. 2, § 162.

3. *Ibidem*, § 236, texte et note 6.

4. *De la prescription*, 2^e éd., n° 839, p. 561. Dans le même sens, BONNECASE, *Supplément*, tome IV, n° 249 et s., p. 508 et s.

pas une universalité juridique, c'est-à-dire qu'il n'est pas un patrimoine à part, telle l'hérédité¹.

Le rapporteur au Sénat de la loi du 1^{er} mars 1898² emploie indifféremment les expressions d'universalité juridique et d'universalité de droit. Mais, loin de repousser la théorie qui voit dans le fonds de commerce une universalité de ce genre, il considère que, par la loi qu'on allait voter, on allait donner « droit de cité au fonds de commerce parmi les universalités de droit ». Il compare le fonds de commerce à ce qu'était l'hérédité en droit romain. Il ne semble pourtant pas qu'il ait considéré que le fonds de commerce comprenait un passif propre; en tout cas, si telle avait été son opinion personnelle, elle n'a pas été consacrée législativement. Quoi qu'il en soit, si les expressions d'universalité de droit et d'universalité juridique sont synonymes, la notion d'universalité de fait s'oppose à l'universalité juridique de la même manière qu'à l'universalité de droit³.

Si on considérait toujours les notions d'universalité de droit et d'universalité juridique comme synonymes, et si on les opposait à l'universalité de fait simplement pour en déduire la conséquence de l'existence ou de l'absence d'un passif propre, la controverse se présenterait d'une manière assez simple. Ce n'est pas le cas. Les arrêts qui font appel à

1. WAHL, dissertations S. 1905.2.121, n° 8 et S. 1897.2.89, § 1, I; THALLER et PERCELOU, 8^e éd., n° 86 et 87; LACOUR, t. I, n° 134, p. 86-87; PERCELOU, « Projet de la Société d'études législatives », 1903, *Bull. Soc. ét. lég.*, n° de mars 1903; — JAUFFRET, *op. cit.*, p. 166; CHÉRON, note sous Paris, 10 novembre 1928, D. 32.2.20; LAURENT, vol. 6, n° 419; cpr. Albert BUISSON, p. 17.

2. THÉZARD, rapport au Sénat de la loi du 1^{er} mars 1898.

3. Voici par exemple comment la Cour d'Alger fait cette distinction (Alger, 7 mars 1906, D. 1919.5.55): « La réunion de ces divers éléments forme un ensemble de fait, non une universalité juridique, ayant une existence et un patrimoine indépendant. Par cela même que le fonds de commerce n'est qu'une universalité de fait, son caractère juridique et nécessairement complexe ne peut être déterminé *a priori* et doit dépendre de la prédominance de l'un ou de l'autre des éléments qui le composent. La loi du 1^{er} mars 1898 n'a pas donné à tout fonds de commerce un caractère général d'universalité juridique en réunissant ses divers éléments en un tout, toujours incorporel, ayant une personnalité morale. En conséquence, pour déterminer la classe d'officiers publics à laquelle appartient le droit de procéder à la vente d'un fonds de commerce, il faut rechercher quel est l'élément dominant de celui-ci pour lui donner, suivant les cas, le caractère corporel ou incorporel. » Nous aurons à revenir sur cet arrêt; remarquons pour le moment que la notion d'universalité juridique est accouplée à celle de patrimoine indépendant, voire de personnalité morale.

la notion d'universalité attachent des sens différents à celle-ci. Des conséquences diverses ont été déduites du caractère d'universalité concédé au fonds de commerce. Malheureusement, la jurisprudence présente un étrange manque d'unité à ce sujet. De ce que le fonds de commerce serait une universalité de telle sorte, certains arrêts déduisent telle conséquence, alors que d'autres déduisent la même conséquence de ce que le fonds de commerce serait une universalité de telle autre sorte. Inversement, il y a des arrêts qui déduisent des conséquences opposées du même caractère reconnu au fonds de commerce. C'est ce que nous analyserons dans les deux points suivants.

II. Exemples d'arrêts parlant de principes opposés et aboutissant au même résultat.

A. Comme nous avons vu dans notre chapitre précédent, la notion de fonds de commerce a été lente à se dégager. Notamment, on n'a pas toujours entendu par fonds de commerce l'ensemble des éléments incorporels et corporels (clientèle, nom, droit au bail, matériel et marchandises), notion consacrée par la loi de 1909. C'est pourquoi la plupart des arrêts d'avant cette loi ne manquent pas de mettre en tête des attendus que le fonds de commerce se compose d'éléments incorporels et d'éléments corporels. Pour donner un qualificatif à l'ensemble, peut-être seulement par une nécessité de style, les arrêts font appel à la notion d'universalité.

La plupart de ces arrêts qualifient le fonds *d'universalité juridique*¹.

Dans le même ordre d'idées, on peut citer des arrêts qui posent le principe que, si le fonds de commerce est une universalité juridique comprenant des meubles corporels et incorporels, les règles spéciales concernant le fonds de commerce, notamment celles prescrites par la loi de 1909, ne s'appliquent qu'au fonds de commerce considéré dans son

1. Req., 13 mars 1888, D. 88.1.351, S. 88.1.302, *Ann. dr. com.* 88.2.171, note FAUCH'LE; Civ., 31 octobre 1906, S. 07.1.24, D. 06.1.528; — Civ., 17 juin 1918, D. 22.1.128, S. 22.1.313, note Rousseau, *Ann. dr. com.* 21.2.165; Nancy, 21 mars 1902, D. 03.2.169, 6^e esp., note Ch. ROBERT; Rouen, 11 décembre 1901, *ibidem*, 4^e esp.; Tr. com. Angers, 7 décembre 1900, D. 01.2.97, 9^e esp.; Aix, 12 mars 1878, S. 78.2.265.

ensemble, c'est-à-dire en tant qu'universalité juridique et non pas à quelques-uns de ses éléments, incapables de la représenter¹.

Il ne semble plus que le sens de l'expression « universalité juridique » soit synonyme de « l'universalité de droit »; les arrêts ci-dessus ne veulent nullement dire que le fonds de commerce est une espèce de patrimoine séparé². L'adjectif « juridique » n'est peut-être ajouté au mot « universalité » que pour dire que cette universalité existe non seulement en fait, mais est reconnue juridiquement. Le caractère *juridique* de l'universalité a ici tellement peu d'importance qu'on trouve des arrêts qui déduisent exactement les mêmes conséquences quant à la notion de fonds de commerce en partant du principe que le fonds de commerce est une universalité *de fait*, non une universalité *juridique*³.

Quoi qu'il en soit, si l'expression d'universalité juridique semble distincte, dans cette série d'arrêts, de celle d'universalité de droit, il faut néanmoins signaler deux jugements de tribunaux de commerce⁴ qui emploient l'expression d'universalité de droit pour universalité juridique, prise justement dans le dernier sens, qui semblait différent de l'universalité de droit.

En somme, la question de savoir quelle sorte d'univer-

1. Civ., 17 juin 1918 précité; Paris, 29 janvier 1921, D. 22.2.103, confirmé par Req., 22 octobre 1923, D. 24.1.77; Tr. civ. Jonzac, 10 décembre 1912, D. 13.2.163.

2. Il est intéressant de confronter l'arrêt de la Cour de Grenoble du 16 avril 1886 et l'arrêt célèbre de la Chambre des requêtes du 13 mars 1888 (précité), qui a confirmé le précédent. Le premier s'exprime : « ... attendu qu'il résulte de la doctrine et de la jurisprudence que les principaux éléments dont se compose, en général, un fonds de commerce, sont : 1° l'achalandage, le nom et l'enseigne; 2° les ustensiles et les marchandises; 3° les créances actives et passives; 4° les divers droits utiles se rattachant à l'exploitation, tels que le droit au bail, et que la réunion de ces éléments divers forme l'universalité qu'on appelle un fonds de commerce... le fonds de commerce formant.. un *universum jus* non susceptible de démembrement... ». La Chambre des requêtes omet intentionnellement les créances et les dettes de l'énumération : « ... attendu que ledit fonds de commerce constituait ainsi une universalité juridique composée d'éléments divers, dont les uns, le matériel et le mobilier, étaient des meubles corporels, et dont les autres, le titre, l'achalandage et le droit au bail, avaient le caractère de meubles incorporels... »

3. V. notamment Paris, 19 mars 1923, S. 1925.2.93.

4. Tr. com. Tourcoing, 30 septembre 1902, D. 03.2.169, 10^e esp.; Tr. com. Marseille, 13 juin 1929, D. H. 31, *Somm.*, p. 39, V^o Fonds de commerce, *Gaz. Pal.* 29.2.645.

salité est le fonds de commerce, semble indifférente à ce point de vue. Autrement dit, pour dégager la notion de fonds de commerce, ensemble de biens corporels et incorporels, qui obéit à des règles spéciales tant qu'il est considéré dans son ensemble, il semble qu'il suffise de regarder le fonds de commerce comme une universalité, sans s'inquiéter si c'est une universalité de droit, de fait ou juridique. En effet, il y a des arrêts qui, en vue de ce but, qualifient le fonds de commerce d'*universalité* tout court¹. Pourquoi alors embrouiller le problème en ajoutant un adjectif à l'universalité ? Pourquoi, surtout, créer la notion d'universalité juridique, notion obscure entre toutes ?

B. Les arrêts ci-dessus, qu'ils soient motivés de l'une ou de l'autre manière, aboutissent à un principe qui au fond est juste et ne peut pas, à l'heure actuelle, faire de doute : le fonds de commerce est un ensemble de biens corporels et incorporels ; des règles spéciales édictées par la loi ne lui sont applicables que s'il est considéré dans son ensemble. Mais il y a des arrêts, qui, faisant appel, comme les précédents, à la notion d'universalité, poussent bien plus loin l'individualité du fonds de commerce en tant qu'objet de droits. Nous visons la théorie qui se base sur le caractère de création abstraite du fonds de commerce pour décider qu'il est un meuble incorporel. Nous parlerons plus loin du bien-fondé de cette théorie ; indiquons, pour le moment, comment la jurisprudence et la doctrine déduisent le caractère de bien unique, meuble incorporel, en partant de principes opposés.

Certains arrêts se fondent sur le caractère d'universalité *juridique* du fonds de commerce pour lui accorder le caractère de meuble incorporel. Voici les différentes applications faites de ce principe :

1^o La possibilité, avant la loi du 1^{er} mars 1898, de donner le fonds de commerce en nantissement, suivant les formes prescrites pour les meubles incorporels (art. 2075 et 1690 C. civ.)².

2^o Sous l'empire de la loi du 1^{er} mars 1898, la possibilité

1. Riom, 2 mars 1879, D. 80.2.4 ; — Rouen, 2 janvier 1906, D. 07.2.105.

2. Req., 13 mars 1888 précité.

de donner le fonds en nantissement moyennant l'unique formalité de l'inscription au greffe¹.

3° Toujours sous l'empire de la loi de 1898, la possibilité de comprendre dans le nantissement d'un fonds de commerce, constitué par l'inscription au greffe, tous les éléments concourant à l'exploitation, même les immeubles².

4° La non-application de l'article 2279 du Code civil au fonds de commerce³.

Nous n'avons cité que des arrêts où la référence à la notion d'universalité juridique est explicite; si on considérait tous les arrêts qui, en se référant de manière implicite à la notion d'universalité juridique, décident que le fonds de commerce est un meuble incorporel, on constaterait qu'ils forment la majorité.

Mais est-ce bien le caractère *juridique* de l'universalité qui est déterminant en l'occurrence? Il semblerait bien que oui; c'est du moins l'interprétation donnée par M. Wahl⁴ au système de la jurisprudence qui, de manière explicite ou implicite, s'appuie sur le caractère d'universalité juridique pour décider que le fonds de commerce est un meuble incorporel. Par conséquent, dans cette interprétation du système de la jurisprudence, si le fonds de commerce n'était pas une universalité juridique, mais une universalité de

1. Caen, 29 juin 1901, S. 02.2.198.

2. Pau, 6 novembre 1911, D. 12.2.375, S. 13.2.193, note contraire WAHL.

3. Civ., 26 janvier 1914, D. 14.1.112, S. 20.1.27.

4. *Précis*, n° 220, p. 85 : « Le fonds de commerce est donc la réunion de plusieurs objets; ce n'est pas lui-même un *objet distinct*, de même qu'une bibliothèque ou un troupeau ne sont qu'une réunion de livres et d'animaux; il rentre dans ce que les romanistes appelaient des *universalitates rerum*, réunion d'objets confondus ensemble dans la pensée des parties et destinés à être possédés ensemble. Cependant la jurisprudence a de bonne heure considéré le fonds de commerce comme une *universalité juridique* ». V. également *Précis*, n° 224, p. 87 et 327, p. 104 ainsi que les notes, S. 1907.2.17, n° V; S. 1913.2.233; S. 1897.2.89, surtout n°s I et VI; S. 1920.1.33, surtout 5^e colonne; S. 1913.2.193, surtout 3^e colonne. Il faut souligner que M. Wahl critique non seulement l'opinion qui voit dans le fonds de commerce une universalité juridique, mais très justement, aussi la conséquence qu'en a voulu tirer la jurisprudence que le fonds de commerce serait pour cela un meuble incorporel.

D'autres auteurs opposent les deux sortes d'universalité de la même manière : V. THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire*, n° 86; GOMBEAUX, p. 240; CRÉMIEUX, note sous Besançon, 1^{er} février 1926, D. 26.2.113 (§ III); ADDE, CORDELET, Rapport au Sénat de la loi du 17 mars 1909.

fait ou une *universitas rerum*, il ne serait plus un objet distinct, un meuble incorporel¹.

Mais la jurisprudence présente de curieuses divergences. En effet, il y a des décisions qui, comme les précédentes, voient dans le fonds de commerce, un meuble incorporel en tant qu'universalité, mais, au lieu de s'attacher au caractère d'universalité juridique, déduisent le caractère de meuble incorporel du caractère d'universalité *de fait* qu'elles reconnaissent au fonds de commerce. Les applications qui sont faites de cette conception ressemblent étrangement à celles tirées du caractère d'universalité juridique :

1° La possibilité, avant la loi de 1898, de donner le fonds en nantissement sans dépossession effective²;

2° Sous l'empire de la loi de 1898, la possibilité de comprendre dans le nantissement du fonds de commerce « toutes les choses qui, utilisées dans l'exploitation commerciale, n'en sont pas moins expressément ou virtuellement exclues », notamment les marchandises³.

De plus, ce système qui voit dans le fonds de commerce une universalité de fait et un meuble incorporel est étayé par une partie de la doctrine, par exemple par MM. Lyon-Caen et Renault⁴ et par M. Gary⁵ pour ne citer que les plus caractéristiques.

Ajoutons que le caractère de corps certain du fonds de commerce, par conséquent soumis à un usufruit véritable, a été déduit aussi bien du caractère d'universalité juridique⁶

1. En ce sens on pourrait citer l'arrêt de la Cour d'Amiens du 7 juillet 1900, S. 1901.2.153 (2^e esp.) qui considère justement le fonds de commerce comme une universalité de fait et en déduit la conséquence que les marchandises sont exclues du nantissement constitué par l'inscription au greffe.

2. Paris, 4 janvier 1896, S. 97.2.89 (3^e esp.).

3. Aix, 11 janvier 1905, D. 05.2.72.

4. *Manuel*, 14^e éd., n° 432, p. 447-448 et *Traité*, vol. III, 4^e éd., n° 240 et s. : « A raison du lien qui existe entre les différents éléments, on peut dire que le fonds de commerce forme ce que les jurisconsultes appellent une universalité de fait (*universum corpus*). — Quand on considère le fonds de commerce dans son ensemble formant un seul tout, on doit le ranger parmi les meubles incorporels ».

5. *Op. cit.*, notamment p. 50 et s., où l'auteur pose le principe que le fonds de commerce est une universalité de fait et p. 311 et s. où il considère l'universalité de fait comme un bien; M. Gary fait toutefois des réserves sur le caractère incorporel du fonds de commerce. Cpr. ESCARRA, n° 472-474, p. 494-500.

6. Req., 13 décembre 1842, S. 43.1.22.

que du caractère d'universalité de fait reconnus au fonds de commerce¹.

Il semble donc que le caractère de bien unique du fonds de commerce découle du caractère d'universalité tout court ; il est alors inutile de chercher une épithète à la notion d'universalité. La question de savoir quelle sorte d'universalité est le fonds de commerce semble encore une fois indifférente. Il ne manque pas de décisions de jurisprudence dans lesquelles le fonds de commerce est tout simplement qualifié d'universalité et est considéré comme un meuble incorporel².

Pour montrer le bon marché que fait la jurisprudence de la distinction des universalités, citons, pour finir, cette décision du Tribunal civil de Limoges³ qui qualifie d'abord le fonds de commerce d'universalité de fait constituant un meuble incorporel, puis nous dit que les lois de 1898 et de 1909 ont consacré le principe de l'universalité juridique du fonds de commerce. Il est assez surprenant que le terme d'universalité juridique soit pris comme synonyme d'universalité de fait.

III. Exemples d'arrêts parlant du même principe et aboutissant à des conséquences opposées.

A. On sait que la grande majorité des arrêts tranchent le conflit de compétence entre les notaires et les commissaires-priseurs suivant la valeur prédominante des éléments corporels ou incorporels du fonds devant être vendu. Mais les notaires trouvèrent dans la théorie du fonds de commerce universalité juridique et meuble incorporel, un puissant argument pour exiger la compétence exclusive pour la vente publique de ces biens ; si le fonds de commerce est, par sa nature, un meuble incorporel, il n'y a pas à prendre en

1. AUBRY et RAU, vol. II, § 236, p. 570 texte et note 6.

2. Tr. com. Elbeuf, 29 mai 1900, confirmé par Rouen, 25 août 1900, S. 1901.2.153 (3^e esp.) : « ... le fonds de commerce se compose de divers éléments qui forment une universalité... le fonds de commerce est un meuble incorporel... » ; — Tr. com. Salins, 16 novembre 1900, confirmé par Besançon, 20 mars 1901, S. 02.2.93.

3. 23 février 1912, S. 13.2.233 (2^e esp.).

considération de quelles sortes d'éléments il se compose¹. Certains arrêts semblent avoir tenu compte de cet argument². En tout cas, il semblerait que, du point de vue des notaires, la seule difficulté serait de faire admettre que le fonds est une universalité juridique; la nature de meuble incorporel en découlerait de façon presque automatique.

Ce n'est pas le cas. Voici, en effet, toute une série d'arrêts qui admettent bien, et de manière explicite, que le fonds de commerce est une universalité juridique, mais refusent d'en déduire la conséquence que le fonds de commerce est un meuble incorporel par sa nature. Ils continuent d'appliquer le principe *accessorium sequitur principale* malgré la caractère d'universalité juridique reconnu au fonds de commerce³.

B. Avant 1898, on se demandait si le fonds de commerce pouvait être donné en gage dans les termes de l'article 2075 du Code civil. C'est pour que le créancier pût justifier sa mise en possession qu'on construisit la théorie de l'*universalité juridique*. On disait, à ce moment, que le créancier se trouvait en possession par la remise qui lui était faite des titres d'acquisition du fonds et du contrat de bail de l'immeuble de l'exploitation et par la signification faite au bailleur. On reconnaissait donc implicitement que le fonds de commerce est, en tant qu'universalité juridique, susceptible de possession, au moins d'une manière symbolique.

Depuis 1898, la question de la mise en gage est passée au second plan, Mais on s'est demandé si l'article 2279 s'appliquait au fonds de commerce. Et voici que la Cour de cas-

1. V. cet argument exposé dans le mémoire ampliatif des notaires, reproduit par l'arrêt de la Cour de Lyon du 23 mars 1893, S. 94.2.237, 2^e esp. (confirmé par Req., 25 juin 1895, S. 95.1.409). L'argument n'a d'ailleurs pas été considéré comme décisif par les juges.

2. Riom, 30 mars 1892, S. 94.2.237 (1^{re} esp.), D. 92.2.220; — Amiens, 6 mai 1907, *Journ. du not.*, n° 15.300; — Tr. Rochefort, 3 juillet 1902, réformé par Poitiers, 19 janvier 1903, *Gaz. Pal.*, 03.1.656; — Tr. civ. Mascara, 8 avril 1903, *Journ. La Loi*, 28 mai 1903; — Tr. civ. Clermont, 11 juillet 1906, *Journ. du not.*, n° 15.015; — *adde*, note WAHL, S. 1907.2.17, n° V.

3. Alger, 25 janvier 1905, S. 07.2.17; — Grenoble, 30 décembre 1911, S. 13.2.233 (1^{re} esp.), confirmé par Civ., 17 décembre 1919, D. 22.1.123; — Lyon 7 janvier 1926, D. H. 26.198.

sation décida dans un arrêt célèbre¹ que le fonds de commerce en tant qu'*universalité juridique* n'était pas susceptible de véritable possession, qu'il échapperait par conséquent à la règle : *En fait de meubles possession vaut titre*.

Pour résumer notre premier paragraphe, voici ce que nous avons constaté d'un sommaire passage en revue de la jurisprudence et de la doctrine quant à la notion d'universalité appliquée au fonds de commerce :

1° *Si l'universalité de droit et l'universalité de fait se distinguent assez nettement, la notion d'universalité juridique est tantôt synonyme de l'universalité de droit, tantôt elle s'en sépare;*

2° *Des conséquences, qui semblaient déduites spécialement du caractère d'universalité juridique reconnu au fonds de commerce, ont été aussi bien déduites du caractère d'universalité de fait;*

3° *Des conséquences qui semblaient découler inéluctablement du caractère d'universalité juridique du fonds de commerce ont été repoussées par certains arrêts.*

En face de ces imprécisions, un grand nombre d'arrêts rendus relativement à la nature juridique du fonds de commerce évitent de qualifier le fonds de commerce d'universalité et c'est le procédé le plus sage à notre avis. Remarquons en passant que des essais ont été faits pour remplacer les expressions trop dangereuses d'universalité juridique ou de fait par d'autres, plus vagues. Ainsi, le fonds de commerce se voit qualifié d'« entité juridique *sui generis* »² ou encore comme « une universalité ou une entité juridique indivisible »³ par certaines décisions de jurisprudence. Dans des monographies, on peut trouver des expressions telles que « universalité *sui generis* »⁴,

1. Civ., 26 janvier 1914, D. 14.1.112, S. 20.1.27.

2. Riom, 27 juin 1928, D. 29.2.33, 2^e esp., note MAZEAUD. Tr. civ., Les Andelys, 6 novembre 1900, D. 01.2.97, 8^e esp. Adde, Riom, 29 mai 1934, D. H. 34.470, *Gaz. Pal.*, 34.2.343.

3. Agen, 8 décembre 1910, *Gaz. Trib.*, 28 janvier 1911.

4. FIALON, *De natiſſement des fonds de commerce*, thèse Bordeaux, 1909, p. 7-8 et 15; — cfr. HANUS, *Le fonds de commerce comme moyen de crédit*, thèse Nancy, 1920.

quelque chose d'intermédiaire entre l'universalité de droit et l'universalité de fait, ou encore celle de « organisme *sui generis* »¹. Nous ne trouvons pas ces définitions satisfaisantes, mais elles montrent bien combien il est difficile d'encadrer le fonds de commerce dans la notion d'universalité².

§ 2. De la notion d'universalité en général.

Après avoir constaté les résultats décevants qu'a donnés la théorie des universalités dans son application au fonds de commerce, nous allons étudier, bien sommairement, d'ailleurs, la notion d'universalité en général et voir par quel côté le problème de la nature juridique du fonds de commerce peut s'encadrer dans celui, plus vaste, des universalités. Nous n'avons nullement l'intention de faire ou refaire une théorie générale des universalités : cela dépasserait de beaucoup le cadre de cet ouvrage. D'autant plus que la question de la nature juridique du fonds de commerce peut être posée en dehors de la question des universalités. Nous exposerons brièvement l'état actuel de la doctrine relative à l'universalité, en faisant le départ de ce qui peut être considéré comme acquis et ce qui est sujet à controverse. Nous nous appuierons largement, pour l'exposé qui suit, sur le récent ouvrage de M. Gary, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, que nous avons déjà cité à plusieurs reprises.

Un premier point qui semble ne pas faire de doute est le critérium de division qu'on peut adopter pour les universalités suivant l'absence ou la présence d'un passif propre. Ce critérium aboutit à la division complète des universalités en universalités de droit, celles qui comportent un passif propre, et universalité de fait, n'en comportant pas³.

1. MOUCHET, *De la nature juridique du fonds de commerce et de son nantissement*, thèse, Paris, 1910, conclusion, p. 151.

2. Le terme qu'emploie M. WAHL d'*universitas rerum* a prêté malheureusement à des confusions. Ainsi M. GARY (p. 52 et s.) en voulant donner un tableau des théories sur la nature juridique du fonds de commerce, en le calquant sur une classification des universalités, arrive à ranger la théorie de M. Wahl comme une variante de la théorie de l'universalité juridique, alors que cette dernière est en réalité vivement combattue par M. WAHL.

3. GARY, notamment, p. 318 et 326 et s. V. l'origine de cette idée BONNE.

Aucune notion intermédiaire n'existant entre ces deux, le fonds de commerce, en admettant qu'il soit une universalité, sera ou bien une universalité de droit ou bien une universalité de fait. Or, du moment qu'il est aujourd'hui certain que le fonds de commerce ne comporte pas de passif propre, il ne peut être qu'une universalité de fait.

Cette constatation ne fait guère avancer la question qui nous intéresse. Le fonds de commerce ne comprend pas de passif propre, il n'est donc par une universalité de droit; il est inutile d'insister davantage sur ce point. Mais il s'agit de savoir si le fonds de commerce, en tant qu'objet de droits, possède une individualité propre, s'il est *un bien* au strict sens juridique du mot. La classification bipartite des universalités ci-dessus semble laisser entièrement de côté ce point de vue.

Y a-t-il d'autres différences entre les universalités de droit et les universalités de fait? Nous entrons dès lors, dans des controverses épineuses. Traditionnellement, on attachait les différences suivantes aux deux catégories d'universalités¹ :

1° L'universalité de droit a pour fondement la loi (*jus*); l'universalité de fait, la volonté de l'homme.

2° L'universalité de droit est seule susceptible d'être composée d'éléments corporels et incorporels, d'avoir un actif et un passif; l'universalité de fait est *corporea* et cela ne veut pas dire seulement qu'elle ne comporte pas de passif, mais aussi que son actif n'est susceptible de comprendre que des éléments matériels; c'est en partant de cette idée qu'on nommait parfois l'universalité de *droit* une uni-

CASE, *Supplément au Baudry*, vol. IV, n° 254 et s., p. 520 et s. Cpr. GOMBEAUX, p. 35 et s., ainsi que tous les auteurs qui refusent très justement de voir dans le fonds de commerce une universalité de droit (ou une « universalité juridique », dans le sens d'universalité de droit), parce qu'il ne comprend pas de passif propre.

1. V. pour l'exposé de ce système : PLASTARA, *La notion juridique du patrimoine*, thèse, Paris, 1903, p. 37 et s.; GAZIN, *Essai critique sur la notion du patrimoine dans la doctrine classique*, thèse, Dijon, 1911, p. 256 et s.; CAZELLES, *De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, thèse, Paris, 1905, p. 378 et s.; GARY, p. 120 et s. et p. 288 et s.

versalité de *droits* ou aussi une *universalité de choses et de droits*¹.

3° Les universalités de droit seules peuvent produire certains effets de droit, comme celui de donner lieu à l'ouverture à une action *in rem universalis* et à la subrogation réelle.

Ces distinctions faites plus spécialement par les romanistes ou pandectistes paraissent aujourd'hui abandonnées; les auteurs modernes que nous avons cités en note, sont unanimes à les combattre :

1° Les universalités de fait comme les universalités de droit doivent leur existence à la fois à l'homme et à la loi²;

2° On trouve des universalités de fait comprenant des éléments incorporels même en droit romain.

3° La revendication universelle d'un troupeau paraît avoir été admise en droit romain, bien que le troupeau soit une universalité de fait³. Quant à la subrogation réelle, des auteurs célèbres nous disent qu'elle ne doit rien à la notion d'universalité⁴; en tous cas, il n'y a pas de raison de la limiter à l'universalité de droit⁵.

Par conséquent, d'après la doctrine dominante de nos jours, il ne semble pas qu'il y ait autre différence essentielle entre les universalités de droit et de fait.

Mais prises en elles-mêmes, quels sont leurs caractères communs? Quelles sont les conséquences juridiques attachées au concept d'universalité?

D'après la doctrine française dominante⁶ la portée juridique de la notion d'universalité est nulle ou presque. Citons ce passage caractéristique de M. Demogue⁷ : « Par-

1. « Inbegriff von Sachen und Rechten » disent parfois les auteurs allemands.

2. V. notamment GAZIN, p. 257 et GARY, *loc. cit.*

3. DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, *Rev. crit.*, 1901, notamment, p. 361.

4. DEMOGUE, *op. cit.* notamment, p. 245 et 363; CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, *Rev. trim.*, 1919, p. 385-416.

5. HENRY, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, thèse, Nancy, 1913, p. 333; cpr. GARY, p. 289.

6. V. l'aperçu synthétique de cette doctrine fait par GARY, p. 278-286 et la bibliographie y indiquée.

7. *Op. cit.*, p. 366.

ler d'universalité, c'est employer une expression commode pour désigner une certaine collection d'objets ayant des traits communs. Mais il ne faut pas songer à tirer de là des décisions spéciales de règles juridiques. Il faut s'en rapporter à l'équité ou à la volonté des parties ».

Nous ne pouvons pas, toutefois, nous contenter de cette constatation et écarter sans autre hésitation, la notion d'universalité de notre étude, tout d'abord à cause du sérieux effort qui a été fait par M. Bonnecase et, récemment, par M. Gary, de réhabiliter les notions d'universalités et de leur conférer à la fois un caractère scientifique et technique. En second lieu, c'est, qu'à tort ou à raison une grande partie de la jurisprudence et de la doctrine, s'appuie, comme nous l'avons vu, sur les concepts d'universalités pour déterminer la nature juridique du fonds de commerce en tant qu'objet de droits. Exposons brièvement l'opinion qui attribue une grande portée juridique à la notion d'universalité¹.

En nous rapprochant de la question qui nous intéresse, demandons-nous si les universalités sont des objets de droits distincts des éléments qui les composent. Sont-elles des *biens* au sens juridique du mot ? Ou, du moins, y a-t-il, parmi elles, une catégorie qui ait cette qualité ?

On pourrait croire que ce soit à l'universalité de droit,

1. On a soutenu que le trait commun de toutes les universalités serait le caractère *fongible* des éléments la composant (BONNECASE, *Supplément au Baudry*, t. 4, n° 255; GARY, p. 304-311; cpr. Raoul de LA GRASSERIE, « Étude sur la fongibilité juridique », *Rev. gen. droit*, 1911, p. 133 et s., 241 et s., 335 et s., 534 et s.). L'idée de fongibilité est prise ici dans un sens très large et assez trouble : les éléments de l'universalité sont considérés moins dans leur individualité que dans leur caractère économique, l'objet s'efface devant l'idée de sa valeur abstraite, dit-on. C'est ce qui expliquerait le caractère abstrait de toute universalité, ce qui en ferait un tout juridique. Sans discuter le fondement même de cette théorie, nous faisons remarquer que l'idée de fongibilité appliquée au fonds de commerce n'est pas extrêmement féconde. La question de savoir si l'universalité est elle-même un bien, un objet de droits propre, reste entière. Tout ce qu'on pourrait déduire de l'idée de fongibilité serait l'explication du fait que le droit du créancier nanti porte sur les éléments composant le fonds de commerce au moment où le droit s'exerce; nous reviendrons sur cette question dans notre troisième chapitre. Il est également à remarquer que les auteurs précités n'ont pas songé à déduire du caractère de fongibilité la conclusion que le fonds de commerce est soumis à l'usufruit dans les termes de l'art. 587 C. civ., ce qui serait d'ailleurs absurde dans l'état actuel de la notion de fonds de commerce.

plusôt qu'à l'universalité de fait, qu'il faille réserver ce caractère. En effet, cette idée est sous-jacente dans bien des arrêts de jurisprudence et chez certains auteurs. Elle semble s'expliquer par une réminiscence de la théorie des romanistes qui, en bâtissant la théorie des universalités sur de multiples différences qu'ils voyaient entre les universalités de droit et les universalités de fait, assignaient aux unes et aux autres une importance considérablement différente. « L'attitude des auteurs est toute de dédain pour les universalités de fait, ravalée au rang de simple collection, alors qu'elle se nuance pour ainsi dire d'une sorte de déférence laudative pour l'universalité de droit », remarque M. Gary. Il est par conséquent bien tentant lorsqu'on se demande si les universalités sont des biens, de réserver cette qualité aux universalités de droit.

Pourtant les récentes études faites sur les universalités posent le problème d'une manière tout à fait différente¹.

M. Bonnetcase a avancé, avec des réserves toutefois, que les universalités de fait sont des biens² : « l'universalité de fait n'est pas autre chose... qu'une modalité de la propriété se ramenant à un ensemble de biens individualisés qui, sur la base d'un élément technique et scientifique à la fois, sont considérés comme formant un tout ou, si l'on préfère, comme constituant un bien déterminé; ...il n'est pas nécessaire, au surplus, pour constituer une universalité de fait, que les éléments ainsi groupés revêtent la même nature spécifique et matérielle, comme c'est le cas pour les têtes d'un troupeau ou les livres d'une bibliothèque; pour nous, en effet, le fonds de commerce est, dans le droit français actuel, une universalité de fait; or, le fonds de commerce renferme des éléments incorporels, tels que l'achalandage, le droit au bail, la clientèle, et des éléments corporels, tels que le matériel d'exploitation ».

1. Il n'est d'ailleurs pas sûr que dans l'opinion classique l'universalité de droit ait été considérée comme un bien proprement dit. V. par ex. AUBRY et RAU, vol. 2, § 178, p. 109, texte et note 7; cpr. PLANIOL et RIPERT, vol. 3 (PICARD), n° 144, p. 156.

2. *Supplément au Boudry*, t. 4, n° 254 et s., p. 520 et s.; *Précis de droit civil*, Paris, 1934, t. 2, n° 43, p. 60-62.

« Si nous passons, à l'opposé, de l'universalité de fait à l'universalité de droit, nous constatons tout d'abord que celle-ci ne répond plus scientifiquement et techniquement, à l'idée d'un bien *stricto sensu*, c'est-à-dire d'une seule et même chose, objet d'appropriation; l'universalité de droit évoque, au contraire, l'idée d'une masse de biens demeurant parfaitement distincts les uns les autres et susceptibles de garder respectivement leur physionomie intégrale une fois dispersés; tel est le cas des éléments actifs ressortissant à une même succession. Mais surtout l'universalité de droit se sépare de l'universalité de fait en ce que les éléments actifs réunis dans son sein sont, en quelque sorte reliés entre eux par la nécessité de répondre d'un passif inhérent à leur groupement originaire, à leur affectation et aux incidents de la vie juridique dont ils ont fourni la matière... »

Cette théorie est reprise par M. Gary et on peut dire que c'est là l'idée fondamentale de son ouvrage¹. Remarquons que si M. Bonnecase considérait l'universalité de fait comme un bien, ce n'était peut-être qu'à titre de comparaison, tandis que M. Gary considère nettement les universalités de fait et notamment le fonds de commerce comme des biens, des réserves étant faites sur le caractère de meuble incorporel de ce dernier : « Scientifiquement on ne peut pas dire que le fonds de commerce... soit un meuble incorporel;... tout ce que l'on peut dire à l'heure actuelle, c'est que le fonds de commerce, susceptible en tant que tel d'appropriation, répond à la notion d'un bien, d'une valeur individualisée, qui se compose d'éléments variés² ».

Nous nous rallions sans réserves à la manière dont ces auteurs posent la question : c'est tout au plus en envisageant l'universalité de fait, non l'universalité de droit, que l'idée de bien est évoquée.

Or, c'est là le nœud du problème : L'universalité de fait est-elle un bien ?

Nous croyons que M. Gary a eu tort de donner une

1. V. notamment p. 311 et s. et 326 et s.

2. P. 313; c'est l'auteur même qui souligne.

réponse aussi nettement affirmative à ce sujet. En tout cas son opinion ne semble pas être étayée par la doctrine dominante sur les universalités.

Comme nous avons vu, les romanistes ou pandectistes sont remplis de dédain pour l'universalité de fait, ce ne sont donc pas eux qui verront dans l'universalité de fait un bien déterminé.

La partie de la doctrine française, représentée par MM. Demogue, Plastara, Gazin et autres, qui tendent à dénier aux notions d'universalités toute portée juridique, est évidemment encore plus réfractaire à l'idée de bien déterminé.

En Allemagne et en Italie, où les notions d'universalités ont fait l'objet d'amples études de doctrine, l'accord n'est pas fait quant au point de savoir si les universalités, plus spécialement l'universalité de fait, est un bien propre. La balance semble pencher vers l'opinion qui lui dénie ce caractère¹.

Quoi qu'il en soit, un fait est certain, c'est qu'en accordant au fonds de commerce le caractère d'universalité de fait, on ne peut pas en déduire *de plano* le caractère d'objet de droits propre.

Sur quoi M. Gary se base-t-il pour établir le caractère d'objet de droits propre de l'universalité de fait ? Il se déclare un adepte de la méthode expérimentale. Pour dégager la notion d'universalité, il examine une série d'universalités connues pour n'établir les principes généraux qu'à la fin. C'est, en soi, une excellente méthode. Mais l'auteur prend comme point de départ justement la question qui nous intéresse, à savoir la détermination de la nature juridique du fonds de commerce. Son premier chapitre est intitulé : « Elaboration de la notion d'universalité de fait à l'époque contemporaine à l'occasion de la détermination de la nature juridique du fonds de commerce » et on peut dire que tout son système est basé sur ce qu'il croit être la

1. OTTO GIERKE, par ex. (*Deutsches Privatrecht*, II, p. 49 et s.) est pour le caractère de bien indépendant, tandis que COSACK et MITTEIS, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, Iena 7^e-8^e éd., § 60, p. 126 et FERRARA, *Trattato*, p. 771 et s. dénie à l'universalité de fait ce caractère. Nous reviendrons à la fin de ce chapitre sur la doctrine étrangère.

nature juridique du fonds de commerce, l'universalité de fait de beaucoup la plus importante à l'heure actuelle. Or, nous doutons de l'entière exactitude de l'analyse que fait cet auteur de la nature juridique du fonds de commerce et par conséquent nous considérons les caractères communs de toutes les universalités qu'il établit comme sujets à caution.

En conclusion de ce qui vient d'être dit de l'universalité de fait, il serait, à notre sens, de mauvaise méthode de partir de cette notion encore mal établie, pour en faire une application au fonds de commerce. Ce serait bâtir un syllogisme sur des prémisses peu sûres. De plus, en considérant que le fonds de commerce est la plus importante des universalités de fait et que toute théorie générale des universalités de fait a forcément comme point de départ la nature juridique du fonds de commerce, ce serait un cercle vicieux évident de déduire de la nature des universalités de fait des conséquences relatives au fonds de commerce.

Par conséquent on doit discuter la nature juridique du fonds de commerce en dehors des universalités, sous peine de commettre, non seulement une faute de méthodologie juridique, mais une faute de logique formelle. Ce n'est qu'après l'étude de la nature juridique du fonds de commerce, ainsi que d'autres universalités de fait, qu'on pourra s'élever à une théorie générale des universalités de fait; mais ceci dépasse notre sujet.

§ 3. *Essai d'une explication des contradictions de la jurisprudence.*

L'esquisse que nous venons de faire de l'état actuel de la doctrine relative à la notion d'universalité nous aidera à démêler les causes des contradictions de la jurisprudence. Les incertitudes relatives à la nature des universalités en général se traduisent dans les arrêts rendus, dans des sens tellement différents, sur la nature juridique du fonds de commerce.

Nous avons vu que la jurisprudence en général, ainsi que les auteurs, repoussent le caractère d'universalité de

droit du fonds de commerce parce que celui-ci ne comporte pas de passif propre. La notion d'universalité juridique, dans les sens d'universalité de droit, est repoussée pour le même motif. Ceci confirme donc le critérium de division des universalités en universalités de droit et universalités de fait, suivant la présence ou l'absence d'un passif propre.

Étant établi, à ce point de vue, que le fonds de commerce ne peut être qu'une universalité de fait, on s'est demandé si cette universalité de fait est un objet propre de droits, un bien. Certains arrêts, ainsi d'ailleurs que certains auteurs, l'ont résolu affirmativement. D'autres, au contraire, considéraient sans doute que l'universalité de fait ne représentait pas une individualité juridique assez nette pour qu'on en déduise le caractère d'un bien. L'universalité de droit leur semblait plutôt être susceptible de présenter ce caractère, mais le fonds de commerce ne pouvait être considéré comme telle pour la raison qu'on connaît. Alors, la jurisprudence forgea une notion en quelque sorte intermédiaire entre l'universalité de droit et l'universalité de fait ce fut l'universalité *juridique* dans son sens nouveau, différent de l'universalité de droit. On dit que le fonds de commerce est une universalité qui, si elle n'est pas une universalité *de droit*, est *juridique* quand même. Cette nuance étymologique indique une différence réelle qu'il y a entre ces deux notions.

La notion d'universalité juridique, forgée de toutes pièces par la jurisprudence française vers la fin du siècle dernier, présente les caractéristiques suivantes :

1^o Comme l'universalité de fait, elle ne comporte pas de passif propre.

2^o L'universalité juridique a une existence distincte des éléments qui la composent, dans le sens que des règles spéciales s'appliquent au fonds de commerce en tant qu'universalité juridique, règles différentes de celles qu'on appliquerait aux éléments détachés. Ce caractère ne semble pas distinguer assez nettement l'universalité juridique de l'universalité de fait, étant donné qu'on est d'accord pour reconnaître à cette dernière au moins cette faculté.

3^o L'universalité juridique présente le caractère de

constituer un objet de droits propre, ce qu'on refuse implicitement à l'universalité de fait. C'est la caractéristique essentielle de la nouvelle notion. Quant à la nature de ce bien, elle ne peut être que celle de meuble incorporel; on n'a jamais, à proprement parler, déduit du caractère d'universalité juridique celui de meuble corporel; s'il y a des arrêts qui refusent de déduire du caractère d'universalité juridique celui de bien incorporel, on n'a jamais soutenu qu'un fonds⁹ de commerce pouvait avoir le caractère de bien corporel.

Ce qui vient d'être dit de l'universalité juridique explique en grande partie les contradictions de la jurisprudence. Nous avons vu que des arrêts établissaient la notion de fonds de commerce, ensemble distinct de ses éléments et en allant plus loin, ensemble formant un véritable objet de droits propre, en faisant appel soit à l'universalité de fait, soit à l'universalité juridique. La cause de cette contradiction, plus apparente que réelle, nous semble être, justement ceci : l'universalité juridique n'est pas une variété bien distincte de l'universalité de fait; entre les deux il n'y a qu'une nuance : la nature de chose unique peut être douteuse pour l'universalité de fait, alors qu'elle est bien établie pour l'universalité juridique. La notion d'universalité juridique a été créée pour éviter de discuter si, en général, les universalités de fait constituent des biens au sens juridique du mot¹.

La théorie de l'universalité juridique apparaît ainsi comme un biais, comme une solution de paresse. Il eut été pourtant plus simple, en admettant qu'on ne voulait pas prendre parti sur la nature des universalités de fait en général, de discuter la nature du fonds de commerce en

⁹ Le Cpr. GARY, p. 311-312 : «... si l'on rejette l'expression technique d'« universalité juridique » appliquée au fonds de commerce, parce qu'elle prête à confusion, et est, tantôt, en effet, employée dans le sens spécifique de tout juridique distinct de ses éléments, tantôt comme un synonyme d'universalité de droit; si l'on doit rejeter cette terminologie quelque peu défectueuse, il conviendrait de reconnaître que l'expression contient une grande part de vérité : elle exprime sous une forme un peu exagérée, la séparation accentuée qui existe entre le fonds de commerce envisagé en bloc et ses éléments composants. »

dehors de toute idée d'universalité. Mais l'« universalité juridique » était un de ces mots sans signification très claire, qui font impression et par l'emploi desquels on semble avoir donné une solution à tout un problème.

Le caractère fictif et précaire de cette notion se voit bien à ces arrêts qui déduisent du caractère d'universalité de fait les conséquences que les adeptes de la théorie de l'universalité juridique veulent réserver à celle-ci. La notion d'universalité juridique est donc loin d'être universellement reconnue.

La théorie du fonds de commerce universalité juridique, ayant en conséquence le caractère d'un meuble incorporel, a été forgée à l'occasion de la grande controverse de la fin du siècle dernier sur le nantissement du fonds de commerce¹. C'est pour justifier la mise en gage sans dépossession effective et par une opération unique que la théorie de l'universalité juridique a été adoptée par une grande partie de la jurisprudence et de la doctrine. Elle semblait même recevoir une consécration officielle par la loi du 1^{er} mars 1898 qui permit le nantissement sans dépossession et moyennant une formalité unique². D'autant plus que le rapporteur au Sénat de cette loi, M. Thézard, semblait bien justifier la solution légale qu'on allait voter pour résoudre le conflit jurisprudentiel, justement en invoquant cette théorie qui voit dans le fonds de commerce une universalité juridique et un meuble incorporel.

Il faut pourtant reconnaître que la loi de 1898 n'a voulu que fixer un point de procédure et n'a eu ni pour but, ni pour résultat de trancher une controverse plus générale, celle de la nature juridique du fonds de commerce. Si le fonds de commerce est traité comme un bien unique par la loi, ce n'est qu'au point de vue du nantissement; de ce que le nantissement s'opère par une inscription unique qui assure un droit sur l'ensemble, il n'est pas du tout certain que le fonds de commerce doive être, en tout état de

1. V. notamment Req., 13 mars 1888, D. 88.1.351, S. 88.1.302.

2. En ce sens notamment GOMBEAUX, p. 266 et s.; MONTIER, *Des nantissements de fonds de commerce*, Paris, 1900, n° 42, p. 26.

cause, considéré comme un bien unique (nous reviendrons sur ce point).

C'est d'ici que provient la seconde série de divergences que nous avons signalée. Il y a des arrêts qui, vu l'argument puissant de la loi de 1898 et, plus tard, de la loi de 1909, reconnaissent, avec une nuance de regret parfois, que le fonds est une universalité juridique, mais refusent d'en tirer la conséquence que le fonds de commerce est par sa nature un meuble incorporel et de le considérer comme tel dans des circonstances autres que le nantissement. Il est symptomatique que la jurisprudence attribue, comme avant, la compétence pour les ventes publiques de fonds de commerce, suivant la prépondérance des éléments corporels ou incorporels.

Les deux arrêts cités plus haut, l'un de la cour d'Alger du 25 janvier 1905¹, l'autre de la cour de Grenoble du 30 décembre 1911², sont particulièrement saisissants pour montrer que par la notion d'universalité il n'a pas été fait un pas en avant pour l'établissement de la nature juridique du fonds de commerce. Le premier nous dit que, si la loi de 1898 considère le fonds de commerce comme une universalité juridique indivisible et de nature incorporelle, ce n'est là qu'une *fiction dont les effets sont limités à l'objet défini par la loi elle-même*. Le second affirme que « ... pour constituer un bien mobilier et une universalité juridique, un fonds de commerce n'en est pas moins composé d'éléments distincts et divisibles ; les uns corporels... les autres incorporels... la loi du 17 mars 1909, pour accorder le droit de suite au vendeur et au créancier gagiste, moyennant certaines garanties, n'attribue pas au fonds de commerce le caractère d'une universalité juridique indivisible jusque dans sa réalisation... »

Les conclusions auxquelles nous aboutissons après l'étude de la notion d'universalité dans son application au fonds de commerce, envisagé comme objet de droits, sont les suivantes :

1. S. 1907.2.17; cpr. Poitiers, 19 janvier 1903, *Gaz. Pal.*, 03.1.656.

2. D. 12.2.381, S. 13.2.233.

1^o La question de savoir si le fonds de commerce est une universalité de droit ou une universalité de fait est en dehors du problème qui nous intéresse. La seule différence qui sépare les deux universalités est la présence ou l'absence d'un passif propre; à ce point de vue il est évident que le fonds de commerce n'est pas une universalité de droit, mais une universalité de fait.

2^o Le caractère d'objet de droits propre de l'universalité de fait est douteux. On commettrait par conséquent une faute de méthodologie juridique et même une faute de logique formelle en déduisant la nature juridique du fonds de commerce de celle d'universalité de fait.

3^o L'expression « universalité juridique » prête à confusion parce qu'on la prend parfois dans le sens d'universalité de droit, parfois dans un sens différent; dans ce dernier sens elle est une notion entièrement nouvelle, une variété de l'universalité de fait, avec cette particularité de constituer un bien distinct, caractère implicitement refusé à l'universalité de fait. En tant que notion nouvelle, l'universalité juridique n'a pas fait avancer le problème parce que son existence et sa portée sont mises en doute.

En conséquence, nous discuterons la nature juridique du fonds de commerce en dehors de la notion d'universalité.

Section II. — Les arguments de la théorie du fonds de commerce bien unique en dehors de la notion d'universalité.

Nous avons conclu dans la section précédente au rejet de la notion d'universalité de la discussion présente, contrairement à la méthode employée par la majorité des auteurs. Mais nous trouvons dans les arrêts de jurisprudence une abondante matière à discussion parce que dans la plupart des cas les tribunaux font des applications de l'une ou de l'autre conception qu'ils ont du fonds de commerce, sans s'inquiéter du problème des universalités.

Pour justifier le système qui attribue au fonds de com-

merce une individualité très marquée en tant qu'objet de droits, en allant jusqu'à lui reconnaître le caractère de bien, meuble incorporel, point n'était besoin de recourir à la théorie des universalités. D'autres arguments, plus dignes d'intérêt ont été donnés. On peut les grouper sous trois chefs :

1^o Arguments tirés de la composition du fonds de commerce.

2^o Argument tiré du caractère de création abstraite du fonds de commerce.

3^o Arguments tirés de la réglementation légale du fonds de commerce.

Les arrêts de jurisprudence se rattachent à l'une ou à l'autre de ces idées, lorsqu'ils considèrent le fonds de commerce comme un meuble incorporel. Il est difficile toutefois d'en faire un classement net suivant ce critère, étant donné que la plupart des arrêts invoquent l'un des arguments à titre principal et un autre à titre subsidiaire. Ce n'est que pour les besoins de l'exposé que cette classification est faite.

Nous allons faire l'exposé critique de ces arguments.

§ 1. *Arguments tirés de la composition du fonds de commerce.*

Rappelons les résultats de l'étude que nous avons faite de la composition du fonds de commerce : le fonds de commerce comprend, économiquement, tous les biens affectés à l'entreprise. Le contenu du fonds de commerce varie suivant les opérations juridiques dont il est l'objet ; la loi de 1909 édicte à cet égard quelques règles impératives, mais elles ne valent que pour les cas prévus. Dans les autres cas il faut se référer à la large notion économique du fonds de commerce.

Que le fonds de commerce puisse comprendre des immeubles ou non, une chose est sûre, c'est que le fonds de commerce n'est pas un ensemble homogène, mais comprend des éléments incorporels tant que corporels. Cette remarque est faite pour éviter l'erreur de raisonnement qu'on commet parfois en déduisant de ce que le fonds de commerce

ne comprend que des meubles, qu'il est lui-même un meuble¹; on a dit également qu'en face de la *summa divisio* en meubles et immeubles, du moment que le fonds de commerce n'est pas un immeuble (ce qui est incontestable), il est assurément un meuble². Cette grave affirmation repose sur un raisonnement elliptique et entièrement faux. Pour ranger le fonds de commerce dans la catégorie des meubles il faut d'abord établir qu'il est un bien, et pour cela il n'est pas suffisant de constater qu'il n'est composé que de meubles, ni de lui refuser le caractère immobilier. Le fonds de commerce tombe en communauté parce qu'il est un meuble, dit-on; ce n'est là peut-être qu'une manière de parler, parce que le caractère mobilier *des éléments* du fonds de commerce est susceptible d'entraîner cette même conséquence, sans considérer qu'en tant que bien nouveau le fonds de commerce a le caractère mobilier.

En admettant que l'on décide que le fonds de commerce a le caractère d'un meuble, il faut se demander si ce meuble est corporel ou incorporel. Or, du moment qu'il est composé tant de meubles corporels qu'incorporels, il ne suffit pas de considérer sa composition pour le ranger dans l'une ou l'autre des catégories de meubles.

Enfin, nous avons vu que l'exclusion des immeubles de la composition du fonds de commerce est une solution quelque peu forcée, étant donné que des immeubles peuvent être, comme les autres biens, affectés spécialement à l'exploitation : son exclusion est due justement au caractère de bien unique qu'on veut reconnaître au fonds de commerce.

En revanche, il ne suffit pas de déclarer que, étant donné la diversité des éléments du fonds de commerce, celui-ci n'est pas un meuble incorporel³. En effet, pour soutenir

1. V. par ex. CATALAN, p. 68 et s.

2. V. par ex. CENDRIER, n° 78.

3. Cette erreur semble être commise par M. GARY, p. 312-313 : « Il est trop absolu de dire, par exemple, que le fonds de commerce est un ensemble indivisible, lequel a la nature *incorporelle*... Scientifiquement on ne peut pas dire que le fonds de commerce ne soit composé que d'éléments incorporels, qu'il soit un meuble incorporel; dans la réalité il est toujours susceptible de comprendre éventuellement des éléments corporels et des éléments incorporels. On dit que c'est un meuble incorporel par une fiction elliptique; cela

l'idée que le fonds de commerce est un meuble incorporel on s'est basé sur bien d'autres arguments que celui que nous venons d'indiquer. Nous allons les passer en revue.

L'argument tiré du caractère incorporel des éléments essentiels.

Nous avons étudié dans le chapitre précédent ce qu'on appelle les « éléments essentiels » du fonds de commerce. A ce moment, la question qui nous préoccupait était celle de savoir s'il y a des éléments essentiels pour conférer à un ensemble de biens le caractère de fonds de commerce. Le résultat de nos recherches a été le suivant : si les éléments incorporels jouissent, à bien des égards, d'une situation privilégiée par rapport aux autres, il n'y a aucun parmi eux qui puisse à lui seul représenter le fonds de commerce, ainsi qu'il n'y en a pas qui soit indispensable pour donner à un ensemble de biens le caractère de fonds de commerce. Il est, par conséquent, impossible de dire d'une manière générale, quels sont les éléments essentiels d'un fonds de commerce; cela varie suivant les entreprises et c'est aussi, en grande partie, une question d'interprétation de la volonté des parties.

Nous retrouvons une autre face de la notion d'éléments essentiels : il s'agit de savoir si, parmi les éléments du fonds de commerce, il y a une catégorie *essentielle* ou principale dans le sens que les autres éléments viennent s'y grouper autour pour former un bien unique qui a la nature des éléments essentiels; la nature juridique des biens essentiels passerait ainsi aux éléments accessoires.

On a souvent soutenu que les éléments incorporels sont les éléments essentiels du fonds de commerce et que les éléments corporels, étant l'accessoire des premiers, doivent suivre le sort de ceux-ci.

Cette idée forme parfois l'argument principal d'arrêts qui décident que le fonds de commerce est un meuble incorporel¹.

n'empêche pas que les choses se passent autrement, que le fonds de commerce reste *un ensemble varié*».

1. Voici une décision typique (Paris, 21 juillet 1892, D. 93.2.108) : «... mal-

Autrefois, cette idée se trouve jointe à celle que le fonds de commerce est une création abstraite (universalité de fait ou juridique, entité juridique, etc.), qu'il a par conséquent le caractère incorporel dans son ensemble¹. Il est à remarquer que, dans ces arrêts, on semble avoir prévu qu'il serait insuffisant de se référer à la notion d'universalité pour déterminer la nature juridique du fonds de commerce; dans ce système il semble que le caractère de bien distinct du fonds de commerce résulte du caractère d'universalité, tandis que la nature incorporelle résulte de celle des éléments essentiels, qui sont toujours incorporels.

L'argument des éléments essentiels se retrouve chez certains auteurs².

gré la diversité des éléments dont il se compose, un fonds de commerce n'en est pas moins une chose unique, ayant une existence propre et indépendante de ses parties; ... pour déterminer la nature juridique de cette chose, les principes généraux du droit commandent de s'attacher à ses éléments essentiels, de leur accorder la prédominance sur ceux qui ne sont qu'accessoirs; les éléments d'un établissement commercial, ceux qui en constituent réellement le fonds, sont le titre, l'enseigne et l'achalandage; le titre, l'enseigne et l'achalandage étant de nature mobilière et incorporelle, il en résulte que le fonds de commerce tout entier revêt le même caractère... le nantissement, régulièrement constitué sur les éléments incorporels du fonds de commerce s'est virtuellement étendu sur ses éléments corporels, ceux-ci se confondant avec ceux-là et ne formant ensemble qu'un seul et même tout... » V. aussi Riom, 30 mars 1892, D. 92.2.220, S. 94.2.237, 1^{re} esp.; Paris, 24 décembre 1896, D. 98.2.23; Lyon, 7 janvier 1926, D. H. 26.198; Paris, 3 juillet 1931, conf. par Req., 23 octobre 1934, D. H. 34.521.

1. Voici les termes du célèbre arrêt de la Chambre des requêtes du 13 mars 1888, D. 88.1.351, S. 88.1.302 : « Attendu que ledit fonds de commerce constituait ainsi une universalité juridique composée d'éléments divers, dont les uns, le matériel et le mobilier, étaient des meubles corporels, et dont les autres, le titre, l'achalandage et le droit au bail, avaient le caractère de meubles incorporels; — Attendu que la partie essentielle d'un fonds de commerce de cette nature est l'enseigne, l'achalandage et le droit au bail; que ce sont principalement ces éléments qui le constituent et que le mobilier proprement dit n'est qu'un instrument de son exploitation; — Attendu, d'ailleurs, que l'arrêt attaqué déclare que, dans l'espèce, rien ne permet d'attribuer au mobilier et au matériel une valeur supérieure à celle des autres éléments du fonds de commerce, objet du nantissement; qu'en jugeant dans ces circonstances que ledit fonds de commerce, pris dans son ensemble, était un meuble incorporel, la Cour de Grenoble n'a violé aucune loi... » — Tr. com. Elbeuf, 29 mai 1900, confirmé par Rouen, 25 juillet 1900, S. 1901.2.153, 3^e esp.; — Tr. com. Seine, 1^{er} mars 1899, *Ann. dr. com.* 1899, p. 361; — Tr. civ. Limoges, 23 février 1912, S. 13.2.233, 2^e esp. Cpr. Paris, 4 janvier 1896, S. 97.2.89 (3^e esp.), cité *infra*.

2. LYON-CAEN et RENAUT, *Traité*, vol. III, n° 240 et s.; LÈBRE, p. 7; PELISSIER, *Des conditions de validité d'une vente de fonds de commerce et du rôle de l'intermédiaire dans cette vente*, thèse, Paris, 1898, n° 13 et 15. Cette doctrine est signalée par COMBEAUX, p. 250-251 et les renvois.

Nous adressons à cet argument les mêmes critiques que nous avons indiquées plus haut¹. Mise à part pour le moment la question de savoir si des éléments essentiels pourraient transmettre leur nature aux éléments accessoires, il n'est nullement établi que les éléments incorporels du fonds de commerce soient *essentiels* par la nature des choses.

Le système que nous critiquons repose en partie sur une inexacte analyse de l'élément « clientèle et achalandage ». Nous avons soutenu que la clientèle, dans le sens d'élément du fonds de commerce, c'est-à-dire dans le sens de valeur distincte et susceptible de transfert, se traduit juridiquement par l'obligation du cédant du fonds de commerce de ne pas faire concurrence au cessionnaire. La conséquence que nous avons tirée de cette idée a été que la clientèle (ou achalandage) ne peut prétendre à une situation privilégiée dans l'ensemble de biens que constitue le fonds de commerce, n'en est nullement « l'élément qui le vivifie » ou qui forme la seule liaison entre les éléments divers. De même que la clientèle ne nous a pas semblé constituer un élément essentiel pour donner à un ensemble de biens le caractère de fonds de commerce, elle ne nous paraît pas susceptible de constituer l'élément essentiel autour duquel se grouperaient les autres et qui transmettrait sa propre nature incorporelle aux éléments corporels.

Quant aux autres éléments incorporels, nous répétons ce que nous avons remarqué précédemment, à savoir qu'aucun d'eux ne peut prétendre au caractère d'élément essentiel.

Il est vrai, certes, que les éléments incorporels constituent en général la partie la plus stable du fonds de commerce, celle qui le caractérise le mieux; la réglementation de la loi de 1909 implique à bien des égards une situation privilégiée pour les éléments incorporels. Mais tout cela n'est pas encore suffisant pour qu'il faille leur reconnaître en tout état de cause le caractère d'éléments es-

1. V. *supra*, p. 47-50.

sentiels, étant donnée notamment l'extrême diversité de structure des entreprises. L'outillage d'une entreprise industrielle peut fort bien en constituer la valeur essentielle, de même que le stock de marchandises d'une entreprise commerciale.

L'idée de distinguer différentes classes d'éléments du fonds de commerce se concilie d'ailleurs assez mal avec l'unité de celui-ci. Suivant la formule saisissante de M. Wahl, « ce qui est le principal dans le fonds de commerce, c'est — le fonds de commerce; les marchandises et le matériel, ainsi d'ailleurs que les éléments incorporels, ne font, comme l'ont dit les arrêts précités de la Cour de cassation, qu'un tout indivisible, qui est le *fonds de commerce*¹ ».

Aussi cet argument n'a pas paru assez puissant, dans sa forme la plus simple, à certains tribunaux; c'est ainsi que prirent naissance les diverses **variantes de la théorie des éléments essentiels**².

A. On peut considérer comme une variante de la précédente, la théorie qui essaye de restreindre la notion de fonds de commerce aux seuls éléments incorporels, dans le but de considérer le fonds de commerce, dans son ensemble comme un meuble incorporel. Au lieu de dire que les éléments incorporels sont les éléments essentiels, on dit que le fonds de commerce est composé des éléments incorporels : clientèle et achalandage, nom, droit au bail. Les objets corporels sont l'accessoire, non des éléments incorporels, comme dans le système précédent, mais du « fonds de commerce », dans le sens plus strict. Il y a, par conséquent deux notions de fonds de commerce : l'une, au sens plus strict, ne comprenant que des éléments incorporels, l'autre au sens plus large, comprenant aussi les éléments corporels.

Il est vrai, qu'au point de vue juridique, la composition du fonds de commerce varie suivant les cas; mais nous ne croyons pas qu'il soit possible de distinguer deux notions différentes du fonds de commerce; en principe, alors

1. Dissertation sous Alger, 25 janvier 1905, S. 07.2.17, n° III.

2. Pour ces variantes V. WAHL, dissertation précitée (n° III *in fine*) et celle au S. 1897.2.89, n° III.

qu'aucune règle légale ni clause expresse des parties n'en disposent autrement, le fonds de commerce comprend tous les éléments qui, économiquement et juridiquement, sont affectés à l'exploitation.

Les conséquences attachées à la notion de fonds de commerce, restreinte de cette manière, n'ont pas toujours été les mêmes. Ainsi, la Cour de Paris¹ a décidé une fois, avant la loi de 1898, que le gage sans dépossession effective était valable et qu'il pouvait comprendre les marchandises; voici à la suite de quel raisonnement cette solution a été donnée : « ... le nantissement a porté, non sur le fonds de commerce et marchandises et matériel considérés isolément, mais sur tous ces objets réunis, et confondus en une seule et même universalité... le caractère juridique d'une universalité de fait, ainsi créée par la volonté des parties, ne peut être autre que celui de son élément principal et essentiel. Dans l'espèce, cet élément a consisté dans le fonds de commerce, dont le matériel et les marchandises n'étaient que l'accessoire, et se sont confondus avec lui dans un ensemble de nature mobilière et incorporelle ».

D'autres arrêts, au contraire, restreignent bien la notion du fonds de commerce de la même manière, mais ne considèrent nullement, et à juste raison, les éléments corporels comme l'accessoire du fonds de commerce au sens strict, de façon à ce qu'ils prennent la nature incorporelle du dernier. S'il s'est agi, par exemple, de trancher le conflit de compétence entre les notaires et les commissaires-priseurs, il a été décidé que, suivant la valeur prédominante du « fonds de commerce » proprement dit ou des éléments corporels, la compétence appartiendra aux notaires² ou aux commissaires-priseurs³. S'il s'est agi, d'autre part, de décider, sous l'empire de la loi de 1898, si les marchandises pouvaient faire partie du nantissement moyennant l'inscription au greffe, le recours à la notion res-

1. Paris, 4 janvier 1896, S. 97.2.89, 2^e esp.

2. Cass. civ., 23 mars 1836, S. 36.1.161.

3. Lyon, 23 mars 1893, S. 94.2.237 (confirmé par Req., 25 mai 1895, S. 95.1.409).

treinte du fonds de commerce a été pour la solution négative¹.

B. Certains arrêts, tenant compte de la diversité des entreprises, constituant autant de fonds de commerce de structure complètement différente et par la difficulté, sinon l'impossibilité de distinguer les éléments qui pourraient être considérés comme essentiels dans *tous* les fonds de commerce, s'expriment dans les termes suivants : les éléments incorporels sont les éléments essentiels, *du moins dans le genre de commerce dont il s'agit*².

Ce système se rapproche peut-être de la réalité des faits, mais il est susceptible d'entraîner des conséquences inadmissibles. Comment décider, en effet, que tel fonds de commerce est un meuble incorporel, alors que tel autre ne l'est pas ? et surtout, n'y a-t-il pas là un grand danger d'ouvrir la porte à l'arbitraire³ ? Nous avons d'ailleurs dit d'une manière générale, dès le début de ce chapitre, que le fonds de commerce, en tant qu'institution juridique, a toujours la même nature, il ne saurait avoir tantôt celle de meuble incorporel, tantôt une autre.

C. Une autre variante de la théorie des éléments essentiels est celle qui fait dépendre la nature juridique du fonds de commerce de la valeur respective des éléments corporels et incorporels⁴.

Il ne faut pas confondre cette théorie avec le système, presque unanimement adopté en jurisprudence, suivant lequel le conflit de compétence concernant la vente publique des fonds de commerce est tranchée suivant la maxime *accessorium sequitur principale*, c'est-à-dire suivant la valeur prédominante des éléments corporels ou incor-

1. Amiens, 7 juillet 1900, S. 1901.2.153, 2^e esp.; Tr. com. Chalon-sur-Saône, 17 décembre 1900, réformé par Dijon, 17 mai 1901, S. 04.2.6.

2. Req., 13 mars 1888 précité («... attendu que la partie essentielle d'un fonds de commerce de cette nature est l'enseigne, l'achalandage et le droit au bail... »; il s'y agissait d'un hôtel; — Lyon, 14 mars 1895, S. 97.2.89, 2^e esp.; — Tr. civ. Seine, 15 janvier 1895, *ibidem*, 4^e esp.; — Paris, 7 août 1897, D. 98.2.437.

3. Cf. dissertation WAHL, S. 1897.2.89, n° 111, précitée.

4. V. par ex. GUILLOUARD, *Traité du nantissement et du droit de rétention*, 2^e éd., 1896, n° 160, II : «Lorsqu'il est certain que la valeur de l'achalandage et du droit au bail est supérieure à la valeur du mobilier corporel, on doit reconnaître que l'ensemble du fonds constitue un meuble incorporel ».

corporels. Nous croyons que les tribunaux tranchent le conflit de compétence sans qu'ils considèrent à proprement parler que le caractère corporel, respectivement incorporel, de l'élément principal, passe à celui dont la valeur est moindre; nous n'insistons pas davantage sur cette question puisque nous y reviendrons.

La théorie qui nous occupe en ce moment tend justement à conférer aux éléments dont la valeur est moindre la nature des éléments prédominants.

Il est rare que l'argument de la valeur supérieure se rencontre tout seul dans les motifs des arrêts qui considèrent le fonds de commerce comme un meuble incorporel¹. Le plus souvent, il est adjoint comme argument subsidiaire à celui que les éléments incorporels sont des éléments essentiels².

L'argument de la valeur supérieure a l'avantage de la simplicité. On n'a pas besoin de se lancer dans des considérations abstraites pour dire que les éléments incorporels sont essentiels, par opposition aux autres. Tout se réduit désormais à la comparaison de deux chiffres.

Si la valeur des éléments incorporels était toujours supérieur à celle des éléments corporels, on ne pourrait dénier à cet argument une certaine valeur. Mais ce n'est manifestement pas le cas; si on établissait une statistique de la valeur respective des éléments corporels et incorporels, il n'est même pas sûr que les fonds, dont la valeur de ces derniers serait prépondérante, soient en surnombre.

Faut-il alors décider que l'ensemble a le caractère tantôt incorporel, tantôt corporel? Nous avons vu les objections théoriques et pratiques adressées aux sys-

1. V. cependant Paris, 22 mai 1901, D. 1903.2.97; cet arrêt refuse l'application de l'art. 2279 au fonds de commerce, y compris les éléments matériels.

2. Req., 13 mars précité : «... attendu, d'ailleurs, que l'arrêt attaqué déclare que, dans l'espèce, rien ne permet d'attribuer au mobilier et au matériel une valeur supérieure à celle des autres éléments du fonds de commerce, objet du nantissement... »; — Paris, 4 janvier 1896, précité : «... d'autant mieux que, dans l'espèce, la valeur pécuniaire du fonds de commerce était de beaucoup supérieure à celle du matériel et marchandises... »; Tr. civ. Seine, 15 janvier 1895, précité.

tèmes qui font varier la nature juridique du fonds de commerce suivant le cas.

Voici une autre objection qui est décisive : si le fonds de commerce a la nature d'un meuble incorporel alors que la valeur des éléments incorporels prédomine, il faut logiquement décider qu'il a la nature d'un meuble corporel dans le cas contraire. Cette conséquence est absurde et n'a d'ailleurs jamais été admise à proprement parler.

Que faut-il décider au cas où la valeur des éléments matériels est supérieure ? Nous croyons que le fonds de commerce ne peut être considéré ni comme un meuble corporel ni comme un meuble incorporel ; il n'est pas un bien, tout simplement, il ne l'est jamais d'ailleurs. Ce n'est pas ce qu'a décidé la jurisprudence, toujours enclin à considérer le fonds de commerce comme un bien unique, ayant le caractère de meuble incorporel. Il est vrai que parfois elle a hésité de lui reconnaître le caractère incorporel lorsque la valeur des éléments corporels était prépondérante¹ ; mais le plus souvent la jurisprudence a elle-même repoussé le système de la valeur prépondérante toutes les fois qu'il constituait un argument contre le caractère de meuble incorporel du fonds de commerce², en déclarant que les éléments essentiels du fonds de commerce, ceux qui en déterminent la nature juridique, sont toujours les éléments incorporels, même si la valeur des éléments matériels est supérieure.

L'argument de la valeur supérieure est à double tranchant ; il faut souligner qu'il n'a été utilisé par la jurisprudence que lorsqu'il a pu servir la théorie du fonds de commerce meuble incorporel.

1. Paris, 2 novembre 1898, D. 99.2.196 ; cet arrêt déclare que le nantissement d'un fonds de commerce (le contrat date de 1894) ne peut s'effectuer aux termes de l'art. 2075, C. civ. alors qu'il comprend surtout des éléments matériels.

2. Paris, 18 mars 1903, D. 1903.2.169 (1^{re} esp.), S. 05.2.289 (1^{re} esp.) ; — Lyon, 14 mars 1895, S. 97.2.89 (2^e esp.), réformant sur ce point le jugement du Tr. com. Saint-Etienne, 10 janvier 1895 : — Riom, 30 mars 1892, S. 94.2.237 (1^{re} esp.), D. 92.2.220 ; — Tr. civ., Limoges, 23 février 1912, S. 13.2.233 (2^e esp.) ; — cpr. Req., 23 octobre 1934, D. H. 34.521.

D. Une variante en quelque sorte intermédiaire entre le système qui attribue au fonds de commerce la nature incorporelle d'après celle de ses éléments essentiels, toujours incorporels, et celui de la valeur prépondérante, est la suivante : le fonds de commerce a la nature de ses éléments essentiels, mais ces éléments ne sont pas les mêmes dans les différents fonds¹. Cette théorie est destinée à expliquer les contradictions de la jurisprudence relativement à la possibilité de donner le fonds en gage, avant la loi de 1898, ainsi que le fait que les tribunaux attribuent la compétence pour les ventes publiques de fonds de commerce tantôt aux notaires, tantôt aux commissaires priseurs. En réalité, les causes des divergences apparentes ou réelles de la jurisprudence sont tout autres, ainsi que nous l'avons vu. Ce système n'a jamais d'ailleurs été suivi en jurisprudence ; il présenterait exactement les mêmes graves inconvénients que le système de la valeur prédominante, sans en avoir l'avantage de la simplicité.

Pour résumer, il semble que ces variantes soient inférieures à la théorie des éléments essentiels proprement dite. Celle-ci a l'avantage d'être suffisamment compréhensive (ou vague) pour tenir compte de la diversité des fonds de commerce.

Nous allons faire maintenant la critique d'ensemble de la théorie d'après laquelle le fonds de commerce prend la nature de ses éléments essentiels. Ce système est, croyons-nous, *une application indirecte du principe qui dit que l'accessoire doit suivre le sort du principal*.

La référence à ce principe, chose curieuse, n'est explicite que dans les arrêts qui tranchent la question de la compétence pour la vente publique des fonds de commerce. M. Wahl lui a adressé de violentes critiques². Sans nous occuper pour le moment de la question de la compétence, nous nous appuyerons sur les critiques adressées par M. Wahl au principe *accessorium sequitur principale*, mais en nous plaçant à un point de vue plus large : nous nous

1. RUBEN DE COUDER, *Supplément au dictionnaire de droit commercial*, vol. 2, V^o Fonds de commerce, n^o 1-3 et V^o Gage, n^o 33-35.

2. Notamment dissertation sous Alger, 25 janvier 1905, S. 07.2.17, n^o III.

demandons si, en général, la nature juridique des éléments principaux (ou essentiels) d'un fonds de commerce est susceptible de passer aux éléments accessoires. Nous en retenons principalement les arguments suivants :

1^o L'ancien brocard « *accessorium sequitur principale* » condense un certain nombre de règles, mais jamais on n'en a déduit que la nature juridique du principal serait prise par l'accessoire¹.

2^o La théorie de l'accessoire n'est consacrée par aucun texte moderne et on peut même trouver des exemples où elle est formellement repoussée comme, par exemple, dans l'article 549 Code civil qui attribue les fruits au possesseur de bonne foi².

Contre certaines variantes de cette théorie on peut remarquer :

3^o Il est inadmissible que les éléments essentiels, qui imposent leur nature aux autres, soient tantôt les éléments

1. « Les anciens disaient, il est vrai : *Accessorium sequitur principale*. Mais ce n'était là qu'une formule condensant un certain nombre de règles : l'attribution de l'alluvion ou des constructions au propriétaire du sol; l'attribution des fruits pendant par racines à l'acquéreur de l'immeuble; des meubles meublants au légataire d'une maison, etc. (V. DENISART, *Collect. de dec. nouvelles*, t. I, v^o *Accessoire*, p. 34; BRILLON, *Dict. des arrêts*, éd. de 1727, v^o *Accessoire*, t. I, p. 50 et les renvois); jamais l'idée que des objets composant un seul tout ont nécessairement la même nature juridique n'a été admise, et, de même que le mobilier garnissant une maison n'est pas immobilier, de même les marchandises comprises dans un fonds de commerce ne deviennent pas incorporelles; et à plus forte raison les divers éléments d'un fonds de commerce ne peuvent-ils pas être considérés comme ayant nécessairement la même nature corporelle ou incorporelle ».

2. « Au surplus, la théorie de l'accessoire n'est consacrée par aucun texte moderne. Sans doute, on voit dans le Code civil décider que certains meubles sont immeubles par destination (art. 522 et s.); que le propriétaire d'un immeuble est propriétaire de certains meubles par droit d'accession (art. 547, 548, 551); qu'il devient également propriétaire des constructions et plantations et autres additions à l'immeuble (art. 522 et s.); on voit aussi la jurisprudence décider, en faisant appel à la théorie de l'accessoire, qu'un acte accompli par un commerçant et commercial... Mais cette dernière solution s'appuie sur les art. 631 et 632, C. com. et les autres résultent formellement de textes. La preuve que la théorie de l'accessoire, entendue d'une manière absolue, — et il faut bien qu'elle soit absolue pour qu'on puisse l'admettre en dehors d'un texte, — est fautive, c'est que certains textes la repoussent, comme, par exemple, l'art. 549, C. civ., qui attribue les fruits au possesseur de bonne foi. La Cour de cassation n'a même pas hésité à reconnaître qu'aucun texte ne maintenait la règle romaine : *Fructus augent hereditatem*, laquelle était une application de la théorie de l'accessoire, le possesseur de bonne foi d'une hérédité peut garder les fruits... »

corporels, tantôt les éléments incorporels¹. La théorie qui considère les éléments incorporels comme étant toujours les éléments essentiels échappe à cette critique.

4^o Il est inadmissible que, pour savoir quels sont les éléments principaux, on se guide d'après leur valeur². Cette critique ne peut viser à l'heure actuelle que le système d'après lequel la jurisprudence règle le conflit de compétence, parce que, nous venons de le voir, le système de la valeur prédominante a été abandonné par la jurisprudence dans les autres hypothèses.

§ 2. *Le fonds de commerce est-il un meuble incorporel en tant que création abstraite?*

A côté de l'idée que la nature juridique du fonds de commerce doit se déterminer en tenant compte de celle de ses éléments essentiels, une autre idée a servi pour soutenir que le fonds de commerce est un meuble incorporel, qui est la suivante³ : le fonds de commerce est un ensemble de biens qui a, en tant qu'ensemble, une existence propre indépendante de ses éléments. L'ensemble est en lui-même un objet d'appropriation, il est donc un bien ; ce bien a une nature juridique propre et qui peut être différente de celle de ses éléments, puisque le fonds de commerce en est indépendant. En tant que création abstraite, l'ensemble n'est pas susceptible d'appréhension

1. « ... Les diverses solutions qu'on rattachait à la théorie de l'accessoire consistaient à décider qu'un objet déterminé, se trouvant dans une situation déterminée, suivait toujours le sort d'un autre objet également déterminé. Or, suivant la théorie de la Cour de cassation c'est tantôt la partie corporelle, tantôt la partie incorporelle du fonds de commerce qui a la prédominance; il y a là une théorie toute spéciale de l'accessoire ».

2. « ... D'ailleurs, la théorie de l'accessoire, bien comprise, nous paraît conduire à repousser la distinction consacrée par la Cour de cassation. Cette théorie signifie que, de deux objets, c'est le plus important, non pas en *valeur*, mais *par sa nature*, qui doit attirer l'autre à lui. Les constructions appartiennent au propriétaire du sol, même si leur valeur dépasse celle du terrain; l'alluvion profite en toute hypothèse au propriétaire riverain; il en est de même des îles et atterrissements dans le lit des rivières non navigables et non flottables, etc. »

3. Pour la distinction de ces deux séries d'arguments, V. GOMBEAUX, p. 249-250.

physique (ce qui est d'ailleurs incontestable), il ne peut donc avoir que le caractère de meuble incorporel.

L'argument se présente rarement avec cette netteté. Le plus souvent il résulte simplement de la référence explicite ou implicite au caractère d'universalité du fonds de commerce, universalité de fait ou universalité juridique. Nous avons dit ce que nous pensions de la référence à l'idée d'universalité pour déduire le caractère de bien du fonds de commerce : le caractère d'objet de droits propre est douteux même pour les universalités.

Mais la question peut être posée en dehors des universalités : le fonds de commerce est-il un être juridiquement distinct de ses éléments ? L'ensemble est-il un nouvel objet de droits ?

En réalité rien ne permet de l'affirmer ; la théorie du fonds de commerce, objet distinct, est créée de toutes pièces. Est-elle nécessairement fautive pour cela ? Il est tout aussi risqué d'en affirmer la fausseté que d'en soutenir l'exactitude. C'est une idée abstraite ; pour la combattre il faudrait recourir à des arguments tout aussi vagues et peu fondés que ceux qui servent à la soutenir. C'est justement ce caractère insaisissable qui fait la force de cette théorie. Si on arrive un jour à reconnaître définitivement au fonds de commerce le caractère d'objet de droits propre et de meuble incorporel ce sera sûrement grâce à l'idée que le fonds de commerce est une création idéale.

Cette concession étant faite à l'idée que le fonds de commerce est une création abstraite ajoutons tout de suite que, si on envisage cet argument, non plus dans son fondement, mais dans la conséquence à laquelle il tend, à savoir la création d'un objet de droits nouveau, on en découvre la faiblesse. Les critiques qu'on peut lui adresser sont d'ailleurs les mêmes que celles qu'on peut opposer aux autres arguments qui tendent à faire du fonds de commerce un meuble incorporel. Nous nous réservons de discuter dans la section suivante la possibilité de considérer le fonds de commerce comme un objet de droits propre, quelle que soit la raison invoquée à cette fin, en

nous plaçant au point de vue des principes généraux du droit.

Le fondement de l'argument de la création idéale peut d'autant moins être discuté isolément que les arrêts qui semblent l'invoquer se basent en général également sur la théorie des éléments essentiels et on ne sait le plus souvent pas, au juste, laquelle des deux idées apparaît comme la plus importante¹. Les arrêts qui déclarent que le fonds de commerce est un meuble incorporel, sans se référer à la théorie des éléments essentiels, n'indiquent, d'ailleurs, pas toujours clairement qu'ils considèrent le fonds de commerce comme un meuble incorporel en tant que création abstraite². La doctrine qui voit dans le fonds de commerce un meuble incorporel n'invoque pas, non plus, uniquement l'idée de création abstraite sans se référer aussi à la considération que les éléments essentiels sont les éléments incorporels³.

1. Req., 13 mars 1888, plusieurs fois cité. Cet arrêt, un des plus importants en notre matière, invoque ainsi toute une série d'arguments pour déclarer que le nantissement d'un fonds de commerce peut s'opérer dans les termes de l'art. 2075 C. civ. : 1° Le fonds de commerce est une universalité juridique (être abstrait, distinct des éléments le composant); 2° Les éléments essentiels en sont les éléments incorporels; 3° Il en est ainsi du moins dans le genre de commerce dont il s'agit; 4° A plus forte raison en est-il ainsi si la valeur des éléments incorporels est supérieure à celle des autres. C'est un exemple typique de l'enchevêtrement des arguments apportés en faveur de la théorie du fonds de commerce meuble incorporel. V. également Tr. com. Elbeuf, 29 mai 1900, conf. par Rouen, 25 juillet 1900, S. 01.2.153 (2° esp.), D. 1901.2.97 (6° esp.); — Civ., 26 janvier 1914, D. 14.1.112, S. 20.1.27.

2. Pau, 6 novembre 1911, S. 13.2.193, D. 12.2.375; — Caen, 29 juin 1901, S. 02.2.198; — Tr. civ., Les Andelys, 6 novembre 1900, D. 01.2.97 (8° esp.); Tr. com. Seine, 2 mars 1900, conf. par Paris, 1^{er} août 1900, S. 01.2.153 (4° esp.); — Tr. com. Seine, 29 mars 1900, D. 01.2.97 (2° esp.); — Aix, 25 octobre 1905, D. 06.2.421; — Civ., 17 juillet 1930, D. 32.1.112, D. H. 30.505.

3. LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, t. III, nos 240 et 242; *Manuel*, 14^e éd., n° 432. « On considère généralement un fonds de commerce comme un meuble incorporel. Sans doute, il comprend souvent, outre des choses incorporelles comme le droit au bail et le droit à la clientèle, des choses corporelles, comme les marchandises et le matériel. Mais, en raison du lien existant entre les différents éléments dont il se compose, le fonds de commerce forme une sorte d'universalité de fait. Cette universalité semble devoir prendre le caractère du principal de ses éléments. Celui-ci est le droit à la clientèle ou à l'achalandage, auquel tous les autres objets se rattachent, comme des accessoires ou des dépendances ». Cpr. GOMBEAUX, p. 249 et 250 et la bibliographie par lui indiquée.

§ 3. *La réglementation donnée par des lois de 1898 et 1909 implique-t-elle que le fonds de commerce est un objet autonome de droits?*

Nous avons déjà rencontré l'opinion qui voit dans les lois de 1898 et de 1909 la consécration officielle de la théorie du fonds de commerce universalité juridique, dans le sens de bien incorporel. Nous avons dit que, cette opinion n'étant pas unanimement admise, il fallait écarter du débat la notion d'universalité. Le moment est venu, en discutant les arguments en faveur du fonds de commerce bien unique, en dehors de la notion d'universalité, d'analyser plus en détail ces lois, notamment celle beaucoup plus détaillée de 1909, et voir quels arguments on peut en tirer pour et contre l'unité du fonds de commerce.

A. En faveur de l'unité du fonds de commerce on peut invoquer le fait que la loi de 1909 l'envisage constamment dans son ensemble en en réglementant la vente et le nantissement. La vente du fonds de commerce s'accomplit en général par une opération unique; ceci ne serait pas encore un indice pour l'unité du fonds de commerce, étant donné que la vente peut avoir en réalité des objets multiples. Mais voici que les articles 3 et suivants de la loi de 1909 édictent des règles pour protéger les créanciers du vendeur du fonds de commerce et que les formalités à but de publicité à accomplir sont également uniques pour tout le fonds de commerce.

Le nantissement ainsi que le privilège du vendeur sont rendus opposables également par une opération unique (art. 24 et s.). Mais à cette règle est déjà apportée une exception par les deux derniers alinéas de l'article 24 pour les marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles industriels, brevets d'invention ou licences, dont le nantissement reste régi par des règles qui leur sont propres.

Une disposition importante dans le sens de l'unité est celle des articles 16 et 20 suivant laquelle les créanciers, aussi bien que le débiteur, propriétaire du fonds de commerce, peuvent empêcher, en cas de saisie-exécution, la dispersion des éléments du fonds, en demandant que le fonds

de commerce, y compris le matériel et les marchandises soit mis en vente en bloc. Il ne faut pas, toutefois, exagérer la portée de ces dispositions : elles sont et restent des dispositions de procédure. Il y a là une institution dérogaire au droit commun qui ne résulterait pas d'elle-même de la nature juridique du fonds de commerce ; la saisie partielle des éléments serait autrement possible, ainsi qu'il a été décidé avant la loi de 1909¹.

Le fait que le fonds est susceptible de nantissement n'est pas, à notre avis, un argument en faveur du caractère de bien unique du fonds de commerce. On sait qu'avant la loi de 1898 on discutait sur la possibilité de donner le fonds de commerce en gage. Pour le rendre possible en pratique on bâtit la théorie du fonds de commerce meuble incorporel, pouvant, par conséquent, être donné en gage suivant les termes de l'article 2075 C. civ. Cette théorie suscita des résistances, tant parce qu'elle cadrerait mal avec les principes généraux du droit, qu'à cause des inconvénients pratiques qu'il y avait à ce privilège occulte. Pour trancher une controverse ardue, le législateur intervint en 1898 et permit le nantissement sans dépossession, en donnant en cela raison à ceux qui avaient soutenu que le nantissement du fonds s'opérerait à l'instar de celui des meubles corporels, *mais soumit le nantissement à une formalité spéciale*, l'inscription au greffe, et en cela il leur donnait tort. Cette restriction ne peut être négligée. En effet, si le législateur avait eu pour but tout simplement de consacrer le système antérieur de nantissement sans dépossession, il n'aurait pas imposé cette formalité absolument originale. Peu importe l'opinion du rapporteur de la loi de 1898² ; en considérant les termes de la loi de 1898, si on peut en tirer un argument relativement à la question de savoir si le fonds de commerce est un meuble incorporel, *ce n'est que dans le sens négatif, puisque le nantissement du fonds s'opère d'une manière autre que celle en vigueur pour les meubles corporels*.

La loi de 1909 a repris le système de la loi de 1898 en le

1. Tr. civ. Seine, 10 janvier 1906, *Pand. fr.*, 1907.2.150.

2. WAHL, dissertation S. 1897.2.89.

développant largement. De la minutieuse réglementation de la forme dans laquelle s'opère le nantissement à l'heure actuelle, on ne peut tirer qu'un argument contre la théorie qui voit dans le fonds de commerce un meuble incorporel. La forme du nantissement du fonds de commerce a tout au plus un point commun avec celle des meubles incorporels, c'est l'absence de mise en possession effective du créancier. Et même cette ressemblance disparaît si on admet que le nantissement des meubles incorporels, autres que les créances, est soumis à la condition de la dépossession effective.

Remarquons que l'on ne peut tirer d'argument en faveur du caractère de bien unique du fonds de commerce du fait que le droit du créancier gagiste s'exerce sur les éléments composant le fonds au moment de la réalisation du gage, même si ces éléments ne sont pas les mêmes qu'au moment de la constitution du gage. Cette solution, qui ne fait d'ailleurs pas de doute en droit positif, peut s'expliquer autrement qu'en disant que le fonds de commerce ne change pas son identité de bien unique par le fait de la mutation plus ou moins étendue de ses éléments. Nous reviendrons sur cette question en étudiant le nantissement du fonds de commerce.

B. On trouve dans la loi de 1909 des nombreuses dispositions dans lesquelles l'unité du fonds de commerce n'est pas entièrement respectée.

1^o Une exception déjà énoncée est celle de l'article 24 *in fine* relative au nantissement des brevets d'invention, etc.

2^o En tenant compte de la diversité de nature des éléments du fonds de commerce, la loi de 1909 fait de multiples distinctions de traitement entre les groupes d'éléments. Le contenu du fonds de commerce est essentiellement variable, ainsi que nous l'avons vu. Les éléments incorporels semblent, à certains égards, jouir d'une situation privilégiée, ce que les adeptes de la théorie du fonds de commerce meuble incorporel allèguent en faveur de leur théorie. Il n'en est pas moins vrai que le fait que les éléments du fonds de commerce ne soient pas mis sur un plan d'égalité constitue une dérogation à son unité.

3^o La manière dont s'exerce le privilège du vendeur,

conformément à l'article 1^{er} de la loi de 1909 (al. 3-6) mérite quelque attention. Voici ce que nous en dit M. Jauffret¹ : « L'idée d'universalité a permis par une inscription unique d'assurer le privilège du vendeur sur tous les éléments du fonds. Il eût fallu, pour mener jusqu'au bout l'idée, décider que le fonds considéré comme un bien unique, et chacune de ses parties, répondraient du paiement de tout le prix resté dû, si minime soit-il ». Nous savons que ce n'est pas le cas : des prix distincts doivent être établis pour les éléments incorporels du fonds, le matériel et les marchandises; le privilège du vendeur s'exerce distinctement sur les prix respectifs de la revente afférente aux marchandises, au matériel et aux éléments incorporels du fonds. Il semble bien que cette disposition, due au désir d'abréger la durée du privilège alors qu'il porte sur les éléments les moins stables du fonds, constitue une des exceptions apportées par la loi de 1909 à l'unité du fonds de commerce : il n'y a pas privilège unique, mais trois privilèges portant sur trois biens ou, plus exactement sur trois masses de biens, à savoir les marchandises, le matériel, les éléments incorporels². Un arrêt le reconnaît expressément et en tire la conclusion que l'inscription est nulle si elle ne contient pas des prix distincts pour les trois groupes d'éléments³.

Mais M. Jauffret⁴ donne une autre interprétation à l'article 1^{er} de la loi de 1909, pour le concilier avec l'idée que le fonds de commerce est un bien unique. Selon lui, il n'y a pas trois privilèges distincts, mais *privilège divisible portant sur un bien unique*. En décidant autrement, ce serait vouloir en vain faire un retour au principe d'indivisibilité du privilège en matière immobilière, alors que les situations sont différentes. Dans le cas de vente de plusieurs immeubles il y a véritablement plusieurs vente distinctes, parce qu'il y a plusieurs biens distincts. Au cas

1. *Des garanties du vendeur impayé du fonds de commerce*, Rev. crit., 1929, p. 166 et s.

2. Cf. ESCARRA, n° 497, p. 537.

3. Paris, 2 novembre 1923, D. H. 1924.13, Gaz. Pal., 24.2.247.

4. V. dans le même sens GARY, p. 72; adde FEUILLOLEY, note sous Req., 22 avril 1913, D. 13.1.225, col. 4.

de vente de fonds de commerce, il n'y a qu'une vente, parce qu'il n'y a qu'un seul bien, le fonds de commerce. La preuve en est qu'au cas de vente d'un compartiment isolé, matériel ou marchandises, aucun privilège ne naît.

Remarquons tout d'abord que le privilège naît bien au cas de vente d'un compartiment isolé, quand ce compartiment est celui des éléments incorporels, M. Jauffret ne le nie pas. Nous sommes d'avis qu'il pourrait également naître au cas de vente des marchandises seules ou du matériel seul, alors que, par une hypothèse peu pratique mais néanmoins plausible, les marchandises ou le matériel représentaient, à eux seuls, le fonds de commerce. Rien n'indique, par conséquent, qu'il y ait, dans la vente d'un fonds de commerce, un seul bien vendu.

D'autre part, l'idée de divisibilité exceptionnelle du privilège nous apparaît comme forcée; elle sert simplement à justifier l'affirmation *a priori* que le fonds de commerce est un bien unique.

4^o L'unité du fonds de commerce semble ressortir à nouveau de l'article 2, al. 3, d'après lequel « en cas de résolution judiciaire ou amiable de la vente, le vendeur est tenu de reprendre tous les éléments du fonds qui ont fait partie de la vente, même ceux pour lesquels son privilège et l'action résolutoire sont éteints ».

Il serait exagéré d'en déduire que le fonds de commerce est regardé dans cette disposition comme un bien unique. S'il est vrai que le lien entre les éléments est assez fort pour obliger le vendeur de reprendre, en cas de résolution, tous les éléments ayant fait partie de la vente, cette reprise n'est pas celle d'un objet unique, que serait le fonds de commerce dans son ensemble. En effet, la résolution proprement dite ne porte que sur les éléments sur lesquels le privilège et l'action en résolution n'ont pas été éteints par paiement; les autres éléments (le matériel et les marchandises, sur lesquels s'imputent d'abord les paiements partiels conformément à l'art. 1^{er}, al. 5) sont repris en vertu d'une *obligation légale*, imposant à celui qui exerce son droit de résolution de les racheter à dire d'experts. Les droits acquis dans l'intervalle par des tiers

sur ces derniers éléments ne sont point anéantis par ce *réachat*¹.

D'autre part il faut remarquer que l'art. 2, al. 3 n'oblige pas le vendeur à reprendre tous les éléments faisant partie du fonds de commerce au moment de l'exercice de son droit; c'est ainsi pourtant que le législateur aurait dû procéder s'il avait réellement considéré le fonds de commerce comme un bien unique. Il n'oblige, au contraire, le vendeur que de reprendre les éléments ayant fait partie de la vente, et ceux-là seulement. La jurisprudence en a déduit la conclusion que, si la vente n'a comporté aucune cession de marchandises, le vendeur ne peut être tenu de reprendre celles qui existent au jour de la résolution².

La conclusion à laquelle nous aboutissons après cette sommaire analyse de la loi de 1909, est que, s'il existe un lien entre les éléments du fonds de commerce, reconnu et imposé par la loi, des notables restrictions sont apportées à l'unité du fonds de commerce; il serait, par conséquent exagéré de voir dans la loi de 1909 la consécration de l'idée que le fonds est un bien unique³. De la réglementation originale du fonds de commerce on ne peut tirer d'argument direct quant à sa nature juridique.

Section III. — La distinction du fonds de commerce dans son ensemble et dans ses éléments.

Les défenseurs de la théorie selon laquelle le fonds de commerce est un bien unique sont d'accord pour concéder

1. COLIN et CAPITANT, t. II, 5^e éd., p. 494 : « La loi ordonne que le vendeur, recouvrant le fonds lui-même, reprenne les marchandises et le matériel payés, pour un prix déterminé à dire d'experts (art. 2, al. 3). Seulement, comme ce n'est pas en vertu d'une résolution, mais en vertu d'un réachat résultant d'une injonction légale que se produit cette reprise, il n'y a pas lieu à application de la règle *Resolutio jure dantis...* et les droits qui auraient pu être constitués dans l'intervalle par l'acheteur au profit des tiers sur le matériel et les marchandises, continueront d'exister. » V. JAUFFRET, *op. cit.*, p. 174-175.

2. Orléans, 13 mai 1925, D. 31.2.65, note MONTIER.

3. Il est intéressant d'opposer la conclusion de M. Jauffret à la nôtre. Cet auteur part de l'idée que la loi de 1909 a consacré l'idée de fonds de commerce bien unique (p. 166); mais, après avoir constaté que cette idée n'a pas été poussée jusqu'au bout par la loi de 1909 (p. 170-175), arrive à la conclusion que, si la loi a prétendu réunir les éléments en un bien unique, le lien qui les unit n'est qu'une *fiction juridique* (p. 188).

que la fusion des éléments dans le tout unique qu'on appelle fonds de commerce ne se fait pas d'une manière totale et absolue. Il faut reconnaître l'individualité des éléments du fonds de commerce au moins jusqu'à un certain point, étant donné que le commerçant peut à tout moment les détacher de l'ensemble et les aliéner isolément. Il est évident aussi que les éléments détachés alors surtout qu'ils sont destinés à être vendus, ne peuvent plus être considérés comme des éléments de fonds de commerce. Suivant l'expression courante, « le caractère d'élément de fonds de commerce n'est pas indélébile ».

On a cherché alors d'adapter la théorie qui accorde au fonds de commerce le caractère d'objet de droits nouveau et indépendant de ses éléments avec la nécessité de reconnaître une certaine indépendance aux éléments vis-à-vis de l'ensemble. La théorie du fonds de commerce bien unique, dans son état le plus évolué, donne la solution suivante : *il faut distinguer le fonds de commerce dans son ensemble et dans ses éléments*¹. Le fonds de commerce n'est un objet d'appropriation en soi, soumis, comme tel, à des règles qui lui sont propres, que lorsqu'il est considéré dans son ensemble. Par contre, les éléments considérés isolément, restent soumis à leur propre condition juridique.

Cette distinction contient une grande part de vérité. L'idée que les règles qui s'appliquent au fonds de commerce considéré dans son ensemble, sont différentes de celles qui s'appliquent aux éléments, est extrêmement féconde, ainsi qu'on pourra le juger d'après les applications que la jurisprudence et la doctrine en ont faites ; il ne faut pas, toutefois, en exagérer la portée.

§ 1. *La distinction du fonds de commerce dans son ensemble et dans ses éléments en droit positif.*

1^o La loi de 1909 a édicté des règles pour la protection des créanciers du vendeur du fonds de commerce, en leur donnant notamment la faculté de faire opposition au

1. Cf. GARY, p. 71 : « La distinction entre le fonds de commerce considéré *in globo* et dans ses éléments, qui s'impose inéluctablement sur des bases indestructibles... »

paiement du prix (art. 3, modifié par la loi du 31 juillet 1913). Ce droit des créanciers ne naît qu'au cas de vente de fonds de commerce proprement dite, non au cas de vente d'éléments isolés. Nous avons déjà touché cette question dans notre chapitre premier (sect. 2) en parlant de la théorie des éléments essentiels; nous avons dit qu'il n'y avait pas à proprement parler d'éléments essentiels pour caractériser une opération sur un fonds de commerce: ce n'est qu'une question de fait que celle de savoir s'il y a opération sur un fonds de commerce. Il faut ajouter que, au cas où, derrière une aliénation portant en apparence uniquement sur des éléments détachés, se cache une véritable aliénation de fonds de commerce, dans un but de fraude, l'article 3 de la loi de 1909 jouera.

2° La loi du 1^{er} mars 1898 et celle du 17 mars 1909 ont organisé un procédé spécial, exorbitant du droit commun, permettant au commerçant de se procurer du crédit moyennant une sûreté réelle sur le fonds de commerce sans s'en dessaisir. Comme les dispositions concernant la vente du fonds de commerce, celles concernant son nantissement s'appliquent également au cas seulement où c'est le fonds qui est donné en nantissement: la mise en gage des éléments séparés continue à être régie par le droit commun, c'est-à-dire qu'elle est soumise à la nécessité de mise en possession effective du créancier.

3° Le nantissement du fonds de commerce confère au créancier un droit de suite sur le fonds de commerce. Une question épineuse s'est posée plusieurs fois devant les tribunaux: *ce droit de suite subsiste-t-il au cas d'aliénation partielle de la part du débiteur?* Il s'est agi de l'aliénation d'une partie importante du matériel du fonds de commerce; l'aliénation ne pouvait en aucun cas être considérée comme une opération sur un fonds de commerce, mais elle dépassait néanmoins le caractère d'un acte d'administration tout à fait courante, comme la vente de marchandises aux clients ou comme la vente d'une partie trop usagée du matériel.

Deux arrêts ont décidé à cet égard, l'un, que le créancier

dispose d'un droit de préférence sur le prix encore dû¹, l'autre, que le droit de suite n'existe pas sur le matériel détaché². Les auteurs repoussent à peu près unanimement le droit de suite sur les éléments détachés³. La solution mérite quelque attention.

On a invoqué pour et contre le droit de suite différents arguments :

a) L'intérêt du créancier gagiste exige qu'il puisse revendiquer les éléments détachés qui constituent une partie de son gage. On peut répliquer que, d'une part, son intérêt est limité parce que, par hypothèse, ce n'est qu'une partie de son gage qui disparaît. D'autre part, le tiers acquéreur de bonne foi est plus intéressant que le créancier gagiste ; la sécurité des transactions impose la protection de ce dernier.

b) Le tiers acquéreur est-il suffisamment mis en garde par l'inscription du nantissement ? Non, parce que l'inscription est prescrite dans l'intérêt des créanciers du commerçant ; rien n'oblige les acquéreurs de quelques machines, par exemple, d'aller consulter le registre des inscriptions.

c) Le droit de suite existe pour les brevets d'invention, marques, etc. Mais ceux-ci obéissent à des lois spéciales. Une publicité centralisée a été possible pour ces biens, publicité qui est d'ailleurs distincte de celle prévue pour le fonds de commerce. Ce n'est donc pas l'inscription du nantissement du fonds de commerce qui confère au créancier le droit de suite sur les brevets.

d) Un argument a été tiré d'une certaine conception de la nature juridique du nantissement par l'inscription au greffe. D'après certains auteurs⁴ l'expression de nantissement de fonds de commerce serait impropre ; il s'agirait plus exactement d'une hypothèque mobilière, étant donné que le créancier n'a pas la possession de l'objet sur lequel

1. Rouen, 14 novembre 1908, D. 1911.2.313, note PERCEROU.

2. Req., 22 avril 1913, D. 13.1.225, note FEUILLOLEY, S. 17.1.113, note NAQUET, V. CENDRIER, n° 380 et s.

3. PERCEROU, FEUILLOLEY, NAQUET, notes précitées ; ESCARRA, n° 506, p. 553-554 ; CENDRIER, n° 382 (v. toutefois n° 383).

4. PERCEROU, note précitée ; ESCARRA, n° 500, p. 546 ; PLANIOL, *Traité élémentaire*, t. II, n° 2709.

la sûreté réelle est constituée. Cette hypothèque mobilière, étant donné qu'elle est exorbitante du droit commun, ne porte que sur le fonds de commerce considéré dans son ensemble. C'est ainsi seulement que peut s'expliquer, d'après certains auteurs¹, le fait de l'inexistence du droit de suite sur les éléments détachés.

D'après une autre conception, qui nous semble plus proche de la réalité, le nantissement du fonds de commerce n'est nullement une hypothèque mobilière, mais bien un gage, avec cette particularité que la possession du gage par le créancier est indirecte, fictive. Est-ce à dire qu'on doit nécessairement en conclure à l'existence d'un droit de suite sur les éléments détachés? Nous ne le croyons pas.

On pourrait en premier lieu faire remarquer que ce que le créancier possède (à titre de gage) c'est le fonds de commerce *ut universum*, qu'il n'a par conséquent de droit que sur le fonds de commerce dans son ensemble. Mais nous doutons que cet argument soit décisif, étant donné que le fonds de commerce *ut universum* n'est pas susceptible d'être possédé, même fictivement. En anticipant sur ce que nous dirons plus loin, remarquons que les éléments du fonds sont bien susceptibles d'être possédés et que le créancier nanti possède en réalité les divers éléments du fonds qui lui est donné en gage.

Faut-il alors conclure que le créancier gagiste dispose des articles 2279, 2^e al. et 2280, C. civ. pour revendiquer les meubles détachés entre les mains d'un tiers acquéreur? Nous ne le croyons pas. Le créancier possédait, il est vrai, les éléments qui ont été aliénés, et il possédait chacun d'eux; mais l'inscription du gage, qui constitue juridiquement la mise en possession du créancier, n'a pour but que d'empêcher l'aliénation du fonds *ut universum*. Les deux propositions ne sont pas inconciliables : l'aliénation d'un des éléments de ceux que le créancier possède est censée ne pas lui nuire, tant qu'elle ne constitue pas une véritable aliénation du fonds tout entier. Une aliénation partielle ne peut, par conséquent, pas être considérée comme compor-

1. PERCEROU, *ibidem*.

tant une dépossession *contre son gré* condition essentielle pour qu'il y ait lieu à l'application de l'article 2279, 2^e alinéa¹.

La solution que nous donnons peut être rapprochée de ce qu'on admet généralement à propos du privilège du bailleur d'immeuble : la revendication n'est pas possible alors que le preneur est un commerçant ou un fermier et que les choses déplacées sont des marchandises ou des récoltes. Le bailleur sait que ces choses sont destinées à être vendues, et, par conséquent, il est considéré comme ayant donné à l'avance, au moment de la conclusion du contrat, son consentement à leur aliénation. Le droit de revendication du bailleur semble également exclu alors qu'il reste sur les lieux loués des meubles suffisants pour garantir sa créance².

Ce qui vient d'être dit permet de préciser les cas où la revendication du créancier nanti semble possible. Elle l'est, à notre avis, au cas d'une aliénation tellement massive que, bien qu'elle ne soit pas faite sous la forme expresse d'une aliénation de fonds de commerce, celle-ci se trouve réalisée en fait. Par contre, si l'aliénation a le caractère d'un acte d'exploitation courante, la revendication n'est pas possible. Sous acte d'exploitation courante il faut entendre, non seulement la vente de marchandises aux clients, mais aussi la vente d'une partie du matériel (le matériel est bien destiné à être renouvelé) ou même d'un des éléments incorporels, la cession du droit au bail notamment, tant que celle-ci n'implique pas la cessation du commerce.

4^o La question s'est posée de savoir si le créancier dispose d'une *action pénale* contre le débiteur qui détourne le fonds de commerce donné en nantissement. M. Percerou³ a émis l'avis qu'il n'y a pas d'action pénale dans notre hypothèse. L'article 408 C. pén. sur l'abus de confiance ne s'appliquerait pas parce que le débiteur ne serait pas un possesseur du fonds de commerce qu'il détournerait au

1. La solution que nous donnons peut être rapprochée de celle de MM. BOUTAUD et CHABROL, n^{os} 340-341, p. 366 et s.

2. COLIN et CAPITANT, 5^e éd., t. II, p. 806-807 des renvois.

3. Même note, *in fine*.

détriment du propriétaire; le débiteur serait, en réalité, à la fois propriétaire et possesseur du fonds du commerce. L'article 400, al. 6, C. pén., punissant le débiteur, donneur de gage, qui aura détourné les objets par lui donnés à titre de gage, ne s'appliquerait pas, non plus, parce que le nantissement du fonds de commerce serait en réalité une hypothèque mobilière.

L'argumentation de M. Percerou tombe si on ne voit pas, comme lui, dans le nantissement du fonds de commerce, une hypothèque mobilière, mais bien un nantissement. Le créancier est juridiquement mis en possession par le fait de l'inscription; le détournement s'opère à son préjudice. Le seul obstacle à l'application de l'article 408 est que celui-ci ne s'applique qu'à un nombre de contrats déterminés : louage, dépôt, mandat, nantissement, prêt à usage et travail salarié ou non salarié; or, la convention par laquelle le créancier nanti laisse la détention au débiteur ne semble rentrer dans aucune de ces catégories. Mais il semble qu'il y ait lieu à l'application de l'article 400, al. 6, C. pén., du moment qu'il s'agit bien d'un gage et que cet article ne fait pas de distinction suivant que le débiteur, donneur de gage, détient l'objet du gage ou non. C'est d'ailleurs ainsi que la jurisprudence semble s'être fixée¹.

Il est évident que c'est uniquement le détournement du fonds de commerce *ut universum* qui est susceptible de donner lieu à une sanction pénale².

§ 2. Véritable portée de la distinction du fonds de commerce dans son ensemble et dans ses éléments.

La théorie du fonds de commerce bien unique n'est par conséquent acceptable qu'avec ce notable tempérament que les biens reprennent leur individualité lorsqu'ils sont détachés de l'ensemble. Le lien qui unit les éléments du fonds est donc bien fragile : il ne réussit pas à altérer de

1. Crim., 25 juillet 1912, D. 13.1.123; Crim., 13 mars 1909, D. 11.1.159; Paris, 28 février 1925, D. H. 25.260; *Contra*, Tr. corr. Seine, 21 novembre 1924, *Gaz. Tr.*, 25.1.262. V. CENDRIER, n° 385.

2. Cpr. Charlotte BÉQUIGNON, « La répression pénale du détournement d'objets compris dans un nantissement de fonds de commerce », *Rev. crim.*, 1927, p. 327-340.

manière définitive la nature juridique propre des éléments. Le fonds de commerce, s'il est un bien, il est tout au plus un bien composé, si l'on peut dire.

La théorie du fonds de commerce bien unique, dans son état le plus évolué, peut se ramener aux deux propositions suivantes :

1^o Le fonds de commerce est un objet de droits distinct de ses éléments ; en tant que bien distinct, il a une nature propre (meuble incorporel) ;

2^o Chacun des éléments conserve sa propre nature juridique¹.

Cette théorie cadre assez bien avec la distinction que nous venons de voir ; tant que le fonds de commerce est pris dans son ensemble, il obéit à des règles propres ; les éléments détachés, par contre, forment autant de biens distincts. On dit, plus précisément, que le fonds de commerce, alors qu'il est considéré dans son ensemble, forme un bien unique (c'est ce que nous croyons inexact).

Cette théorie tend, en réalité, à la création d'un nouvel objet de droits par la réunion de plusieurs autres. Cette réunion est abstraite, juridique. Elle repose simplement sur une affectation commune des biens, non sur une fusion matérielle. Dans cette dernière hypothèse, il y aurait lieu à l'application des règles concernant l'accession mobilière, nous nous trouverions en face d'un cas d'adjonction (art. 565 et suiv. C. civ.) ; mais alors les différents éléments perdraient à jamais leur individualité et le fonds de commerce devrait être considéré dans son ensemble, ainsi que dans ses parties, comme un bien unique ; le caractère de fonds de commerce serait attaché à ses éléments (plus exactement à ses parties) de façon indélébile. Ce n'est manifestement pas le cas ; les éléments du fonds forment une unité tout au plus par une abstraction.

Par conséquent, d'après cette théorie, le nouvel objet de droits qu'est le fonds de commerce, *se superpose* aux objets de droits que sont les éléments, au lieu de les absorber.

1. DELATONDE, p. 144-145 et la bibliographie ; GARY, p. 74 ; ESCARRA, n° 472, p. 494-495 ; CRÉMIEUX, note sous Besançon, 1^{er} février 1926, D. 26.2. 113, *in fine*.

On doit alors se demander : sur quoi portent les droits réels, sur le fonds de commerce ou sur les éléments ? Il semble qu'ils portent tantôt sur le fonds de commerce, tantôt sur les éléments.

Le fonds de commerce nous apparaît ainsi comme une institution bien à part. Pour trouver une analogie qui fasse comprendre son mécanisme, il faut, chose curieuse, la chercher dans le droit des personnes, à savoir dans la théorie des personnes morales¹.

Ainsi que la personne juridique est un sujet de droits propre, le fonds de commerce est-il un objet de droits propre ; ainsi que les membres d'une association, qui n'abandonnent pas leur individualité de sujets de droits, les éléments du fonds de commerce ne perdent pas leur autonomie en tant qu'objets de droits. On pourrait appeler le fonds de commerce un « *bien juridique* » ou « *bien moral* ».

Cette comparaison suffit-elle pour rejeter la création d'un nouvel objet de droits, le fonds de commerce² ? En partant, en ce qui concerne les personnes juridiques, du système dit *de la fiction*, on serait peut-être amené à décider que la création d'un nouvel objet de droits nécessiterait une reconnaissance législative ; encore pourrait-on se demander si la reconnaissance législative ne résulte pas de la loi du 17 mars 1909. La théorie de la fiction est aujourd'hui généralement abandonnée pour le système de la réalité des personnes juridiques. D'autre part, la théorie de la fiction a correspondu aux préventions qu'on avait au siècle précédent contre les associations ; la méfiance à l'égard des ensembles de personnes est forcément étrangère à notre problème. Par conséquent, rien n'exclut *a priori* la création d'un *bien juridique*, même en dehors d'une reconnaissance législative expresse.

A regarder de plus près, cette notion est pourtant inadmissible.

1. Cpr. le rapprochement que fait M. FERRARA, p. 771 et s. entre les *universitates rerum* et les *universitates personarum*.

2. M. FERRARA, *loc. cit.* rejette l'individualité juridique de l'*universitas rerum* parce qu'il faudrait, comme pour l'*universitas personarum*, une reconnaissance législative pour la créer.

Les personnes physiques ont une activité qui s'exerce dans des domaines très divers. L'association correspond justement à ceci : l'homme unit ses efforts à ceux de ses semblables et abandonne ainsi une partie de son indépendance, mais c'est uniquement dans le champ d'activité, toujours limité, de l'association.

Les choses inanimées ne sont envisagées dans le Droit que d'un seul point de vue : leur soumission aux personnes. Les biens sont des objets de droits réels, c'est tout.

On peut répliquer qu'un bien peut, lui aussi, être envisagé sous des angles différents, étant donné qu'un bien peut faire l'objet de droits réels différents. Pour prendre des exemples dans le domaine qui nous intéresse, on peut concevoir qu'un même bien fasse, en tant qu'élément du fonds de commerce, l'objet d'un usufruit portant sur ce fonds, au profit d'une personne, et, en tant que bien isolé, l'objet du droit de nue propriété d'une autre. Pareillement, on peut concevoir qu'une même chose, en tant qu'élément du fonds de commerce, soit comprise dans le nantissement de celui-ci et qu'elle soit, en tant qu'élément distinct, possédée par un tiers auquel elle a été vendue par le commerçant, après la constitution du gage (suivant l'opinion dominante, le droit de suite du créancier gagiste disparaît en cette hypothèse parce que la loi de 1909 ne s'applique pas aux éléments isolés ; mais la coexistence du gage et de la propriété du tiers sur un même objet est tout au moins concevable, sinon admise en pratique).

Cela est vrai. Mais, parmi les droits réels, il y en a un qui absorbe toute l'utilité de la chose, c'est la pleine propriété. Deux droits de propriété sur un même bien ne se conçoivent pas. Or, c'est à un double droit de propriété qu'on aboutit en considérant une chose tantôt comme un élément du fonds de commerce, et la propriété de l'un, tantôt comme un bien distinct, et la propriété d'un autre.

Un exemple va mieux éclairer ceci. Supposons que Primus vende son fonds de commerce à Secundus ; presque en même temps, Primus vend une machine, qui fait partie du fonds de commerce, à Tertius ; pour simplifier, supposons que ni Secundus, ni Tertius n'aient pris livraison de

l'objet de leurs achats respectifs, tout se trouve encore entre les mains du vendeur. Comment résoudre le conflit entre Secundus et Tertius ? Secundus allègue que la machine, étant un élément du fonds de commerce qu'il a acheté, lui appartient ; Tertius réplique qu'il a acheté la machine, sans se demander si elle faisait partie du fonds ; les prétentions des deux sont de prime abord également justifiées.

Pratiquement, le conflit se règlera sans du tout se demander si la machine doit être considérée comme faisant partie du fonds de commerce vendu à Secundus ou, comme élément séparé, vendu à Tertius. L'objet sera attribué à l'un ou à l'autre suivant l'antériorité de leurs contrats, conformément aux articles 1138 et 1583 du Code civil. On peut concevoir un autre système, comme par exemple celui de l'article 1141 du Code civil. En tout cas, on ne conçoit pas que le même objet soit attribué en propriété *à la fois* à Secundus, en tant que partie du fonds de commerce, et à Tertius, en tant qu'élément isolé. En pure théorie, la chose serait possible si l'objet avait simultanément une utilisation en tant qu'élément du fonds de commerce et une autre en tant qu'élément isolé, et à condition que l'exercice du droit de l'un des propriétaires ne gênât pas l'autre, de même que l'activité et les droits d'un être humain en tant que membre d'une association peuvent être différents de son activité et de ses droits en tant qu'individu. Une chose inanimée peut bien appartenir à deux personnes différentes, mais il y a alors copropriété ; un copropriétaire ne peut user de son droit qu'en respectant celui des autres, et s'il peut, en droit français, disposer de la chose, ce n'est que sous la réserve de l'effet rétroactif du partage.

La vérité est que l'on ne peut considérer comme objet de droits à la fois le fonds de commerce et ses éléments. L'existence de deux objets de droits suppose la possibilité que les objets aient des titulaires différents. Or, il est impossible d'attribuer des titulaires différents au fonds de commerce et aux éléments de celui-ci.

Quel est alors le véritable support de droits réels : l'ensemble ou les éléments ?

Il faut rejeter sans hésiter l'hypothèse que le support des

droits réels serait le fonds de commerce. Pour l'admettre, il faudrait que l'individualité des éléments disparaisse d'une manière complète, ce qui n'est pas le cas, nous l'avons vu. La théorie d'après laquelle il faut distinguer le fonds de commerce dans son ensemble et dans ses éléments ne cherche pas autre chose que de mettre la théorie du fonds de commerce bien unique en accord avec la nécessité de reconnaître que les éléments gardent leur autonomie juridique. La distinction du fonds de commerce *in globo* et dans ses éléments repose sur des bases réelles. Les éléments conservent leur individualité : c'est un fait ; si ce fait ne se concilie pas avec la théorie du fonds de commerce bien unique, c'est que cette dernière est fausse.

Le véritable support des droits réels est donc constitué par les éléments du fonds de commerce et, si le fonds est parfois considéré comme un seul tout auquel s'appliquent des règles spéciales, ce n'est pas en tant qu'objet autonome de droits réels.

Un autre argument contre l'assertion que le fonds de commerce est un bien unique, réside dans la difficulté de déterminer son caractère. La division des biens en meubles et immeubles de l'article 516 et la subdivision des meubles, en meubles corporels et incorporels, de l'article 527 du Code civil sont des dispositions impératives et des divisions complètes. En conséquence, si le fonds de commerce est un bien, il doit nécessairement avoir l'un des caractères ci-dessus. Nous avons vu que, dans la règle, ceux qui soutiennent que le fonds de commerce est un bien, lui confèrent le caractère de bien incorporel, en se basant sur des arguments d'ordre divers. Ces arguments ne nous ont pas, d'ailleurs, paru péremptoires. Le système qui fait varier la nature du fonds de commerce suivant les cas est encore moins satisfaisant. En face de ces difficultés, voici que des auteurs, que nous avons d'ailleurs souvent cités au cours de cet ouvrage, en soutenant la théorie du fonds de commerce bien unique, sous sa forme évoluée, omettent tout simplement de nous faire connaître le caractère de ce

bien, bien qu'ils repoussassent l'idée que la nature du fonds variât suivant les cas¹.

Quoi qu'il en soit, prenons un fonds de commerce considéré dans son ensemble comme un meuble incorporel. Il se peut que ce fonds comprenne des éléments qui ne sont pas incorporels : *ces éléments changent de nature*. On pourrait songer à soutenir que les éléments du fonds de commerce sont susceptibles d'avoir une double nature juridique, suivant qu'ils sont regardés en eux-mêmes ou comme des parties du fonds de commerce. Ce serait faux pour la même raison qui nous a fait repousser l'idée de la superposition de deux objets de droits. En effet, la double nature juridique des éléments du fonds de commerce entraîne la possibilité d'un conflit entre deux personnes sur la même chose ; une même chose ne peut, en réalité, appartenir en même temps à l'une, en tant que partie du fonds de commerce, meuble incorporel, et à l'autre, en tant qu'objet distinct, meuble corporel.

Voici un exemple : supposons que le fonds de commerce soit exploité dans l'immeuble propre du commerçant et qu'il y ait un conflit, entre le créancier qui bénéficie d'un nantissement sur le fonds et le créancier hypothécaire, sur le matériel immobilisé par destination commerciale. Ce conflit, fréquent en pratique, est dû justement au doute sur la question de savoir si le matériel doit être considéré comme faisant partie du fonds de commerce, soumis, comme tel, à un régime de nantissement *sui generis*, qui permet qu'il soit détaché de l'immeuble dans des conditions spéciales, ou bien comme une chose distincte du fonds de commerce, obéissant, comme telle, à l'immobilisation. Quoi qu'il en soit, l'attribution du matériel à l'un ou à l'autre dépend de la nature juridique du matériel. De nombreux exemples peuvent être donnés pour montrer que l'attribution d'une chose à une personne ou à une autre dépend du point de savoir si la chose est corporelle, ou, en tant que partie du fonds de commerce, incorporelle.

C'est pourquoi il est impossible de reconnaître au fonds

1. DELALANDE, p. 135 et s.; GARY, p. 312-313.

de commerce le caractère de meuble incorporel sans considérer en même temps que toutes ses parties ont le même caractère. La nature juridique des éléments ne saurait être différente de celle de l'ensemble alors que c'est l'ensemble qui est le seul objet de droits.

En conséquence, les éléments corporels du fonds de commerce doivent changer de nature pour devenir des parties d'un meuble incorporel. Ce changement de nature ne peut être que complet.

Le changement de nature des éléments du fonds de commerce heurte les principes généraux du droit. Les règles concernant les distinctions légales des biens sont impératives, bien qu'elles soient critiquables au point de vue législatif; il n'appartient pas aux parties de les changer. Le changement de nature ne s'opère que dans des cas déterminés :

1^o Lorsqu'il y a *accession*, c'est-à-dire union, incorporation *matérielle* d'une chose à une autre, plus importante (art. 551, C. civ.). Or, les éléments ne sont pas incorporés matériellement dans le fonds de commerce, mais tout au plus moralement. Le lien qui les unit est si peu étroit, qu'on se demande à tout moment quelle est exactement la composition du fonds de commerce.

2^o Lorsque la loi ordonne explicitement ce changement de nature, comme au cas de l'article 524 du Code civil, concernant l'immobilisation par destination, ou au cas de l'article 7 de la loi du 16 janvier 1808, visant l'immobilisation des actions de la Banque de France.

La même remarque vaut pour la distinction légale en meubles corporels et incorporels (excepté peut-être les titres au porteur).

Le commerçant peut librement affecter un meuble corporel au fonds de commerce ou l'en détacher. Il dépendrait donc entièrement de son gré de changer la nature juridique de ce bien, ce qui est inadmissible. Il est curieux qu'en général on ne proteste pas contre le changement de nature des biens corporels, qui deviennent incorporels, alors qu'on s'élève contre la possibilité de considérer les immeubles de l'exploitation comme des éléments du fonds de

commerce. Nous savons que certains arrêts¹ ont compris des immeubles dans le fonds de commerce, meuble incorporel; nous savons également les protestations qui se sont élevées contre l'ameublement de ces immeubles². Nous croyons que les mêmes raisons empêchent la transformation des meubles corporels en incorporels.

En réalité ce changement de nature ne se produit pas³. Chaque élément garde son autonomie et sa propre nature juridique. Le fonds de commerce échappe à la classification des biens parce qu'il n'est pas un véritable objet de droits⁴.

Si l'individualité du fonds de commerce n'est pas assez marquée pour qu'on puisse le considérer comme un bien on ne peut néanmoins contester qu'un certain lien existe entre les éléments⁵. Le fonds de commerce est une collection de biens affectés à l'exploitation d'une entreprise commerciale ou industrielle et destinée à être possédés ensemble⁶. La communauté de destination n'est pas sus-

1. Montpellier, 29 novembre 1897, sous Civ., 15 mai 1899, D. 99.1.353; Pau, 6 novembre 1911, D. 12.2.375, S. 13.2.193.

2. V. notamment COLIN et CAPITANT, t. I, p. 696; rendons hommage à ces auteurs d'avoir aperçu la véritable portée de ce qu'il est impossible de considérer l'immeuble comme faisant partie d'un meuble corporel : ce n'est pas l'exclusion de l'immeuble du fonds de commerce, mais « cette solution, d'une logique d'ailleurs incontestable, serait de nature de faire ressortir l'inconvénient du système traditionnel qui fait du fonds de commerce un bien indivisible et le range, comme tel, dans la catégorie des meubles par détermination de la loi. »

3. V. Alger, 26 mai 1909, D. 13.2.6; la Cour d'Alger reconnaît vaguement que le fonds de commerce est un meuble incorporel, en tant qu'universalité juridique; mais lorsqu'il s'est agi de décider si des meubles corporels, compris dans le fonds, seraient susceptibles de devenir immeubles par destination, la Cour s'est prononcée pour l'affirmative. Par conséquent, bien que le meuble corporel fasse partie d'un meuble par détermination de la loi et qu'il n'en soit à aucun moment détaché, ni par contrat, ni matériellement, il reste un meuble corporel et est, comme tel, soumis à l'immobilisation.

4. Nous lisons dans le *Traité* de MM. PLANIOL et RIPERT, t. III, par PICARD, n° 53, p. 58, que les classifications des biens ne s'appliquent pas aux universalités telles que le patrimoine ou le fonds de commerce. La cause n'en est-elle pas, justement, que les universalités ne sont pas des biens ?

5. Cpr. la formule donnée par M. WAHL (*Précis*, n° 219, p. 85 et dissertation, S. 1897.2.89, n° 1) : « Le fonds de commerce... rentre dans ce que les romanistes appelaient des *universalitates rerum*, réunions d'objets confondus ensemble dans la pensée des parties et destinés à être possédés ensemble ».

6. ESCARRA, n° 463, p. 483 : « La simple existence et la juxtaposition des différents facteurs de la production ne suffisent point à donner naissance au fonds de commerce. Le fonds de commerce ne comprend pas seulement la somme de ses éléments constitutifs. Il y faut quelque chose de plus, savoir

ceptible d'entraîner un changement de nature des biens, en échange elle peut expliquer le fait que le fonds de commerce, alors qu'il est regardé dans son ensemble, soit soumis à des règles spéciales; ces règles ne sont pas incompatibles avec le fait que chaque élément conserve sa propre nature juridique, étant donné que ces règles sont étrangères aux droits réels portant sur le fonds de commerce. Cette caractérisation est donc en concordance avec la distinction qu'on fait entre le fonds considéré dans son ensemble et ses éléments.

APPENDICE AU CHAPITRE II

La doctrine étrangère concernant les universalités de fait.

Il est intéressant de rapprocher le résultat auquel nous avons abouti, à savoir que le fonds de commerce est un ensemble de biens, sans être lui-même un objet de droits propre, à la doctrine relative à l'universalité de fait. Ce rapprochement n'est fait ni pour démontrer que le fonds de commerce est une universalité de fait, ni pour défendre l'opinion de ceux qui refusent à l'universalité de fait la propriété de constituer un objet de droits propre.

Les grands auteurs de droit civil *allemands* consacrent des développements intéressants à la question de savoir si l'universalité de fait constitue un objet de droits ou non, question qui est en général négligée par les auteurs français. Le problème présente peut-être plus d'intérêt en droit allemand qu'en droit français, parce que le premier a conservé la règle romaine suivant laquelle le consentement des parties est insuffisant à transférer la propriété.

le lien qui unit entre eux ces différents éléments et transforme une somme, un ensemble de biens juxtaposés en un tout organisé, en une exploitation, en un établissement commercial. Ce lien c'est la volonté de l'homme. »

Nous précisons que le seul lien entre les éléments est la volonté de l'homme. Cpr. VIVANTE, *Istituzioni di diritto commerciale*, Milan, 1933, n° 59 : « Tutti questi beni, che concorrono a formare l'azienda, sono collegati in un solo organismo economico dalla volontà del proprietario. Non si potrebbe argomentare da quest'unità funzionale dell'azienda la sua costituzione in ente giuridico, perchè, non è possibile configurare un ente giuridico senza una legge che la riconosca come tale ». Bien que le droit français édicte des règles spéciales à appliquer au fonds de commerce, c'est toujours la volonté du propriétaire qui réunit les éléments dans un ensemble.

L'opinion à l'heure actuelle dominante en droit allemand est que l'universalité de fait n'est pas un objet de droits propre (*eigenes Rechtsobjekt*). On qualifie d'universalité de fait (*Sachgesamtheit*, *Gesamtsache*, *Sachinbegriff*) par exemple un train de culture, une bibliothèque, un stock de marchandises; le fonds de commerce n'est jamais donné comme exemple d'une universalité de fait.

Nous croyons utile de reproduire, en traduction, un passage de traité de Staudinger¹ :

« La conception défendue par les divers Droits particuliers... et, par certains auteurs aussi en ce qui concerne le Droit commun, qu'il faut voir dans une universalité de fait (*Sachgesamtheit*) une *res incorporalis*, que l'universalité de fait soit par suite un objet de droits propre, doit être rejetée pour le BGB. (en ce sens est également l'opinion dominante...). Suivant le BGB. sont comprises dans la notion de « chose » (*Sachbegriff*) seulement des objets corporels. Mais l'universalité de fait se compose d'une pluralité d'objets corporels isolés qui peuvent varier dans leur individualité, entre lesquels la cohésion matérielle fait défaut. Le BGB. ne contient en conséquence pas de prescriptions pour l'universalité de fait en tant qu'objet de droits. « Si, par suite, quelqu'un est désigné comme propriétaire d'une universalité de fait (*Inbegriff von Sachen*), on ne peut juridiquement l'entendre autrement que dans le sens qu'il est le propriétaire de toutes les choses isolées qui composent l'universalité. Il doit, lorsqu'il fait valoir son droit de propriété, en prouver l'acquisition à propos de chaque chose individuelle qui appartient à l'universalité, parce que c'est seulement par cette voie que l'objet de son droit peut être établi »²...
... La controverse du Droit commun sur l'ainsi appelée *vindicatio gregis* doit être tranchée dans le sens que ce n'est pas l'universalité qui est revendiquée, mais ses différents éléments...

1. STAUDINGER, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze*, Band I, Allgemeiner Teil, commenté par Loewenfeld et Riezler, 9^e éd., 1925, p. 340-341.

2. Extrait de l'exposé des motifs accompagnant le projet du Code civil allemand, *Motive zu dem Entwurfe...*, t. III, *Sachenrecht*, p. 28.

» D'après l'usage courant, l'universalité de fait est regardée comme une unité idéale, comme un tout...

» Il faut en retenir qu'une importance juridique spéciale n'est attachée à l'universalité de fait que dans des cas particuliers et uniquement en ce qui concerne les rapports expressément indiqués par la loi... ainsi dans les articles 92..., 1035..., 1372..., 1528..., BGB. »

Dans un sens rapproché, voici l'intéressante distinction que font Cosack et Mitteis¹ : l'universalité de fait est considérée dans le domaine du droit des obligations comme une chose unique (« wird schuldrechtlich wie eine Sacheinheit behandelt »), mais est néanmoins soumise à des règles spéciales. Dans le domaine des droits réels, son unité est reconnue à certains égards : ainsi l'usufruit d'un train de culture est réglementé par l'article 1048 BGB. autrement que ne le serait l'usufruit des éléments le composant. Mais, si l'universalité de fait peut être vendue comme un seul tout, la tradition de la propriété, malgré l'opinion contraire de certains auteurs, s'opère sur les éléments. La propriété et la possession sur l'universalité de fait ne s'acquièrent que par la tradition de chaque élément.

Comme représentant de l'opinion adverse il faut citer Otto Gierke². D'après cet auteur l'*universalité corporelle* (« körperliche Gesamtsache », s'opposant à la « unkörperliche Gesamtsache », universalité incorporelle, dont le type est le patrimoine) est un tout unique qui constitue un objet de droits indépendant ; les éléments ne perdent pas, néanmoins, leur caractère de choses individuelles (remarquons la superposition de deux objets de droits) ; la preuve en serait que l'universalité reste identique malgré la mutation plus ou moins étendue de ses éléments. C'est par le fait que les droits réels portent sur l'ensemble que s'explique l'usufruit d'une universalité (argt. art. 1035 BGB.), de même que le gage, bien que le dernier n'ait fait l'objet d'aucune disposition légale expresse.

1. COSACK et MITTEIS, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, 7^e-8^e éd., Jena 1927, vol. 1, § 60, p. 126 et vol. 2, 1^{re} partie, p. 132 et 345. Dans les éditions antérieures nous trouvons une opinion légèrement différente.

2. OTTO GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. 2, *Sachenrecht*, Leipzig, 1905, § 104, p. 49-70 et l'abondante bibliographie.

Parmi les défenseurs les plus importants de cette doctrine, il faut encore citer Sokolowski¹, qui envisage le problème d'une façon très large, en sortant du domaine juridique.

Comme représentant de la doctrine suisse citons Wieland² qui dénie, comme la majorité des auteurs allemands, le caractère d'objet de droits propre de l'universalité de fait : « Les objets de la propriété ne sont que les choses individualisées, non les choses collectives telles qu'un dépôt de marchandises, un troupeau, une bibliothèque ».

Pour ce qui est de la doctrine italienne, nous avons eu souvent à citer Ferrara³ à l'appui du système que nous défendons. Comme nous avons vu, il compare l'*universitas rerum* à l'*universitas personarum* et nie la possibilité de la création d'un nouvel objet de droits, comme celle d'un sujet de droits, sans une reconnaissance législative expresse. En se ralliant à l'opinion dominante, il repousse par une argumentation serrée l'idée que l'*universitas rerum* serait un objet de droits. Ajoutons que cet auteur ne considère pas le fonds de commerce comme une *universitas rerum*, mais comme une « organisation de choses et de droits » et lui dénie, au fond, toute individualité juridique.

1. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht. Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung*, Halle 1902, notamment, p. 383.

2. WIELAND, *Les droits réels dans le Code civil suisse*, traduction BOVAY, t. I, Paris, 1913, p. 20.

3. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, Rome, 1921, p. 797 et s. et 811 et s.

CHAPITRE III

LA NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE ENVISAGEE SOUS L'ANGLE DES DIFFERENTES APPLICATIONS PRATIQUES

L'objet de ce chapitre est de confronter sur le terrain pratique, les deux conceptions de la nature juridique du fonds de commerce.

Suivant la théorie dominante, le fonds de commerce constitue un bien dans le sens juridique du mot, un objet de droits propre. Le plus souvent, ceux qui soutiennent cette théorie font appel à la notion d'universalité. A cela, nous opposons un système, moins élégant en apparence, mais, ainsi que nous avons essayé de le démontrer dans les chapitres précédents, plus conforme aux principes généraux du droit. Il consiste à refuser en principe, au fonds de commerce le caractère d'objet de droits. Le véritable support des droits réels n'est pas constitué par l'ensemble, mais par les éléments qui le composent. Toutefois, le fonds de commerce n'est pas dépourvu de toute individualité : les éléments du fonds de commerce sont reliés entre eux par leur affectation commune à une entreprise et cette commune affectation suffit pour expliquer certains phénomènes juridiques où l'unité du fonds de commerce est reconnue ; mais dans aucune hypothèse, ce lien fragile n'a engendré l'autonomie du fonds de commerce en tant qu'objet de droits. L'unité du fonds de commerce, dans l'état actuel de la législation, n'existe qu'en dehors des droits réels.

Nous diviserons le présent chapitre en deux sections ; dans la première, nous montrerons les conséquences de l'une

et de l'autre théorie en ce qui concerne les *droits réels* qui portent sur un fonds de commerce. Dans la seconde, nous donnerons quelques exemples où l'unité du fonds de commerce est sauvegardée en dehors de toute idée de droit réel.

Section I. — Droits réels portant sur un fonds de commerce.

On fait souvent remarquer que le fonds de commerce fait l'objet d'une aliénation en bloc et est soumis à une action unique¹. Pour ce qui est de l'aliénation en bloc, nous verrons bientôt dans quel sens il faut l'entendre. Reste l'*action unique*. Supposons qu'elle soit admise en droit positif (elle n'a jamais été discutée); ne peut-elle se justifier qu'en considérant le fonds de commerce comme un bien unique? Nous ne le croyons pas. M. Demogue² repousse la théorie qui voit dans le patrimoine l'*objet d'un droit in rem*. S'il existe une action spéciale, par exemple pour la détermination de la qualité d'héritier, l'action en pétition d'hérédité, soumise à des règles particulières, il faut voir là la prise en considération d'intérêts pratiques, d'économie de temps, mais non d'une nécessité naturelle. Il n'y a pas de *judicium universale* à proprement parler dans le droit moderne. Aucune action n'a plus qu'une autre le privilège d'aboutir à un jugement de cette nature. A Rome, il en était autrement à cause du mécanisme qui imposait aux plaideurs autant de demandes différentes qu'il y avait de biens différents. Conformément à leurs habitudes d'analyse juridique, les Romains imposaient contre celui qui possédait dix objets à autrui, l'exercice de dix actions en revendication. Exceptionnellement, il était possible de réclamer par une seule action toute une collection de biens.

Dans un ordre d'idées rapproché, des auteurs étrangers³, ont soutenu que le caractère de bien unique du fonds de commerce (ou de la maison de commerce) ressortait du

1. ESCARRA, n° 473, p. 497; DELALANDE, p. 161 et s.

2. *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit., 1901, notamment p. 361 et *Notions fondamentales*, notamment p. 403. Cpr. à ce que dit FERRARA, p. 803 relativement à la *vindicatio gregis*.

3. V. ESCARRA, n° 472, p. 497 et les renvois.

fait que la jurisprudence le protège en tant que tel contre les atteintes qui sont dirigées contre lui et qui ne se confondent point avec les dommages causés à chaque élément en particulier. Ce serait notamment l'action en concurrence déloyale qui sanctionnerait le droit de propriété sur le fonds considéré dans son ensemble comme une *universitas* distincte des biens qui la composent. Une telle manière de voir nous paraît foncièrement inexacte.

L'action en concurrence déloyale est une action délictuelle fondée sur l'article 1382 du Code civil, nous regrettons de répéter ce qu'on a tant de fois dit. Comment y voir une action destinée à protéger un droit sur une chose, c'est-à-dire une action réelle? Deux confusions doivent être évitées.

1^o *L'action en concurrence déloyale* est, en droit français, entièrement distincte de l'*action en concurrence* proprement dite, c'est-à-dire l'action contre le vendeur du fonds de commerce qui se rétablit malgré la clause explicite ou implicite de non rétablissement¹. Même si celle-ci était considérée comme une action en revendication, ce caractère serait étranger à l'action en concurrence déloyale.

2^o Une confusion semble avoir été faite encore une fois entre le fonds de commerce en tant que sujet de droits et en tant qu'objet de droits. On peut considérer que le sujet de droits, la « maison de commerce » est protégée par une action spéciale, l'action en concurrence déloyale, alors qu'elle est atteinte en tant que telle; l'action en concurrence déloyale garde son caractère d'action délictuelle, avec cette caractéristique qu'elle est exercée par la maison de commerce. Mais ce n'est là qu'une métaphore. La « maison de commerce » est une pure conception de l'esprit. Le « fonds de commerce » objet de droits, n'exerce pas d'action en justice. L'action délictuelle en concurrence déloyale est exer-

¹ F. Cette distinction qui nous paraît tellement élémentaire ne semble pas être faite avec assez de netteté en droit italien. La clause de non rétablissement est loin d'être considérée par la jurisprudence italienne de la même manière que par la jurisprudence française (V. VIVANTE, « Ancora della clientela », *Riv. Dir. Com.*, 1930, I, p. 1). Ceci doit nous mettre en garde contre les arguments tirés de la doctrine étrangère en ce qui concerne le sujet qui nous occupe.

cée par le commerçant et protège le commerçant, seul sujet de droits.

La présente section sera divisée en quatre paragraphes. Le premier aura trait à la possession du fonds de commerce; il convient, en effet, d'étudier la possession avant d'analyser les différents droits réels portant sur le fonds de commerce, parce que la possession est un des modes de les acquérir, se confondant souvent, en fait de meubles, avec le droit réel même. A l'étude de la possession se rattache la question de savoir si la règle *En fait de meubles possession vaut titre* s'applique au fonds de commerce. La notion de possession se retrouve également dans le deuxième paragraphe où nous étudions la vente comme type des contrats translatifs de la propriété du fonds de commerce, ainsi que dans le troisième qui a trait au nantissement du fonds de commerce. Le quatrième paragraphe est consacré à l'usufruit du fonds de commerce.

§ 1. *La possession du fonds de commerce.*

Ceux qui soutiennent que le fonds de commerce est un propre objet de droits, un meuble incorporel, en déduisent la conséquence qu'il n'est pas susceptible d'une possession proprement dite¹.

Avant les lois de 1898 et 1909, un grand intérêt pratique était attaché à cela. Le vendeur du fonds de commerce non payé disposait d'une action en résolution qui, fatalement, s'exerçait contre les sous-acquéreurs, même de bonne foi. Ceux-ci n'étaient pas protégés par la règle *En fait de meubles...*, d'après cette théorie. La solution présentait de graves inconvénients. Il était pratiquement impossible aux tiers acquéreurs d'un fonds de commerce de savoir si le vendeur lui-même l'avait payé. Une grave atteinte était faite à la sécurité des transactions commerciales.

La loi du 1^{er} mars 1898 a pallié indirectement à cet

1. LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, t. III, n° 242; ESCARRA, n° 474, p. 498-499; CENDRIER, n° 79; GOMBEAUX, p. 253; CATALAN, p. 79; MAGNIN, *Ann. dr. com.*, 1900, p. 30; *adde* PLANIOL et RIPERT, t. III par PICARD, n° 144, p. 156; COLIN et CAPITANT, t. I, 5^e éd., p. 914-915.

inconvenient. En effet, pour mieux assurer les droits du vendeur, on prit l'habitude de constituer un gage sur le fonds de commerce au profit du vendeur, rendu opposable aux tiers au moyen de l'inscription au greffe. De ce fait, le vendeur non payé disposait de l'action en résolution et de l'action du gage. Qu'il exerçât l'une ou l'autre, le sous-acquéreur eût été mal fondé d'exciper sa bonne foi : n'a-t-il pas été averti par l'inscription au greffe que le fonds qu'il achetait n'a pas été payé ? On a pu répliquer que la publicité de la loi de 1898 était bien imparfaite ; elle visait le privilège résultant du gage, non point l'action en résolution ; l'inscription ne faisait mention ni du montant, ni de l'origine de la créance ; une procédure de radiation et de purge n'étant pas prévue, on ne savait jamais au juste si le premier vendeur avait été payé ou non. Néanmoins, il était assez raisonnable de refuser au sous-acquéreur le bénéfice de l'article 2279 du Code civil, lorsqu'il a été averti en fait, par l'inscription au greffe, parce qu'il était en ce cas moins digne d'intérêt que le vendeur¹. Mais la question continuait à faire des difficultés lorsque le vendeur exerçait l'action en résolution sans s'être fait consentir un gage sur le fonds de commerce.

La loi de 1909 a mieux organisé le système de publicité, en réglementant la radiation et la purge des inscriptions. D'autre part, elle a rendu l'action en résolution solidaire du privilège du vendeur, en s'inspirant de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire. Dans l'article 2, alinéa 2 de la loi de 1909, nous lisons que l'action en résolution doit, pour produire effet, être mentionnée et réservée expressément dans l'acte et dans l'inscription. Par suite, s'il est vrai que l'article 2279 ne peut être invoqué contre le vendeur qui a accompli les formalités prescrites, on peut dire que c'est une conséquence du fait que le sous-acquéreur n'est pas de bonne foi.

1. C'est ainsi qu'a jugé la Cour de Paris (5^e chambre), 11 juillet 1904, S. 1905.2.121. Nous soulignons que le présent arrêt refuse l'application de l'art. 2279 uniquement parce que le sous-acquéreur n'était pas de bonne foi. M. WAHL, dans sa note sous cet arrêt (n° 2) critique ce système pour les motifs indiqués dans le texte.

Néanmoins, la question de savoir si l'article 2279 est applicable aux fonds de commerce, garde aujourd'hui encore un intérêt pratique réel. Il se peut, par exemple, que le locataire d'un fonds de commerce (on sait que le contrat de bail du fonds de commerce est pratiqué sur une large échelle de nos jours) abuse de son droit et aliène le fonds¹. C'est pourquoi il convient d'étudier le problème plus en détail.

La jurisprudence est bien loin de refuser unanimement l'application de l'article 2279 aux fonds de commerce. Voici un arrêt d'avant 1898 qui refuse l'exercice de l'action en revendication au vendeur impayé². En voici deux autres dans le même sens rendus sous l'empire de la loi de 1898, alors que la mauvaise foi du sous-acquéreur n'était pas démontrée³. A ceux-ci, on peut opposer un arrêt de la Cour de Paris rendu par application de la loi de 1898⁴ et surtout un arrêt de la Cour de cassation⁵ plus récent, qui admettent la revendication.

La divergence en jurisprudence ne semble pas être basée à proprement parler sur une conception différente de la nature juridique du fonds de commerce, mais plutôt sur la question ardemment débattue de savoir si les meubles incorporels sont susceptibles de possession et sont soumis à l'article 2279. Rappelons que la doctrine classique les en écarte⁶. Mais un revirement semble s'être produit⁷ pour ce qui est de la possession qu'on a essayé d'étendre aux droits autres

1. C'est le cas qui a été jugé par la Cour de cassation, Ch. civ., 26 janvier 1914, D. 14.1.112, S. 20.1.27.

2. Tr. com. Seine, 29 octobre 1856, confirmé par Paris, 28 avril 1858, J. C. 7.354; cpr. Riom, 2 mars 1879, D. 80.2.4 (solution implicite).

3. Tr. com. Seine, 28 mai 1904, confirmé par Paris (5^e chambre), 27 juin 1904, S. 05.2.121, 2^e esp.; Tr. com. Seine, 11 décembre 1903, confirmé par Paris (5^e chambre), 22 novembre 1904, *ibidem*, 4^e esp.; cpr. Paris (5^e chambre), 11 juillet 1904, *ibidem*, 3^e esp., précité; *adde* Bologne, 8 juin 1889, *Ann. dr. com.*, 1889, p. 135, note FRANCHI.

4. Paris (6^e chambre), 22 mai 1901, D. 03.2.97, note PERCELOU et S. 05.2.121, 1^{re} esp., note WAHL.

5. Civ., 26 janvier 1914, précité.

6. AUBRY et RAU, t. II, § 178, p. 109; BAUDRY-LACANTINIERE et TISSIER, *De la prescription*, 2^e éd., n° 840, p. 561.

7. Signalons que M. RAVAIL, *De l'objet de la possession*, Paris, 1899, soutient que la possession n'a pas pour objet des choses, mais des droits, et que tous les droits sans exception peuvent être possédés.

que les droits réels¹; ce n'est qu'une étape, parce qu'on continue de refuser l'application de l'article 2279 aux créances, ou généralement, aux meubles incorporels².

M. Wahl fait à cet égard une distinction intéressante³ : Les droits de créance doivent être exclus de l'article 2279, ainsi que les titres constatant des créances; mais il s'agit, dans notre cas, de meubles fictifs, non de meubles incorporels proprement dits. Si les auteurs écartent l'application de l'article 2279 des meubles incorporels, c'est qu'ils n'ont en vue que les créances. Les arrêts en ce sens ont presque tous été rendus relativement à des créances. Les meubles incorporels proprement dits font l'objet de droits réels et on a tort de les confondre avec les créances. Avec la multiplication des droits de propriété incorporelle, on sera naturellement amené à les distinguer plus nettement des créances. L'article 2279, ainsi que les articles qui sont une application de la même règle, tels que les articles 2102 et 2119 du Code civil, ne distinguent pas si le meuble en question est corporel ou incorporel. D'autre part, la même raison de sécurité des transactions qui justifie la règle *En fait de meubles...* pour les meubles corporels, milite en faveur de son application aux meubles incorporels.

Qu'on ne dise pas que, pour le fonds de commerce spécialement, la loi de 1909 a organisé un système de publicité suffisant. Cette publicité, même si elle était complète, ce qui n'est pas le cas, ne suffirait pas pour soustraire *de plano* le fonds de commerce à l'application de l'article 2279, parce que ce serait assimiler le fonds de commerce à un immeuble, ce qui, dans l'état actuel de la législation, est inadmissible. La publicité suffit simplement pour constituer le sous-acquéreur de mauvaise foi. D'ailleurs, ainsi que nous l'avons vu, dans l'hypothèse où la question s'est posée

1. COLIN et CAPITANT, t. I, 5^e éd., p. 874 : « *La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit* (allusion à la vieille distinction entre la possession et la quasi-possession) *que nous tenons* (la chose) *ou que nous exerçons* (le droit) *par nous-mêmes ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.* »

2. COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, p. 914.

3. *Précis*, n° 223, p. 87 et note S. 1905.2.121, n° 8.

devant la Cour de cassation en 1914, il n'y avait eu aucune trace de publicité.

Bien que les deux arrêts de la Cour de Paris du 27 juin et 22 novembre 1904, précités, semblent appliquer l'article 2279 aux fonds de commerce justement parce que cet article ne distingue pas entre les meubles corporels et les meubles incorporels, le système que propose M. Wahl et auquel nous adhérons en principe, reste une opinion isolée. Il est à prévoir qu'on continuera longtemps encore à refuser l'application de l'article 2279 aux meubles incorporels en général. Dans ce cas, la nature juridique du fonds de commerce doit être prise en considération lorsqu'on discute la question de savoir si le fonds de commerce est soumis à l'article 2279. Ceci nous ramène, après cette longue introduction, à notre sujet.

Le fonds de commerce considéré comme un bien, ne peut avoir que la nature d'un meuble incorporel. Qu'on refuse l'application de l'article 2279 aux meubles incorporels ou non, il serait peu satisfaisant de faire varier la solution, suivant la composition du fonds de commerce¹.

Dans le système que nous soutenons, l'ensemble n'est pas à proprement parler un objet de droits. Ce n'est pas le fonds de commerce qui est l'objet de la possession, mais les éléments qui le composent. Par conséquent, c'est mal poser la question que de se demander si le fonds de commerce est susceptible de possession. *C'est la possession de chaque élément du fonds de commerce qu'il faut envisager*². Si les éléments incorporels composant le fonds de commerce ne sont peut-être pas susceptibles de possession, il en est autrement des éléments corporels, matériel et marchandises. Ceux-ci gardent leur propre nature juridique; nous avons vu ce que cela signifie : alors même que les éléments corporels sont envisagés comme une partie du fonds de commerce, ils restent corporels. Les règles d'ordre public qui régissent chaque catégorie légale de biens continuent à

1. C'est en partant de cette idée que la cour de Paris, dans son arrêt du 22 novembre 1904, précité, dit que l'article 2279 s'applique à tous les fonds de commerce sans distinction.

2. WAHL, *loc. cit.*

s'appliquer. Telles sont les règles concernant la possession de meubles corporels et notamment l'article 2279.

Ce n'est qu'en apparence que le fonds de commerce est possédé dans son ensemble, comme tel. En réalité, on possède chaque élément de la manière qui lui est naturellement propre. De même qu'il est matériellement impossible que les éléments incorporels soient appréhendés physiquement, il est matériellement et juridiquement impossible d'appliquer aux éléments corporels les règles sur la possession propres aux choses incorporelles, de les écarter de l'article 2279.

Le fonds de commerce, en tant qu'universalité, n'est-il pas susceptible de possession, ainsi qu'on le soutient souvent¹? Nous sommes d'accord, l'ensemble comme tel n'est pas susceptible de possession, comme il n'est pas susceptible d'être le support de droits réels. Mais la possession porte sur les éléments le composant, sur les meubles corporels en première ligne².

Voici comment les choses se passent en pratique d'après ce système. Supposons une action d'un bailleur contre le tiers qui a acquis un fonds de commerce d'un locataire abusif :

1° Le tiers invoquera d'abord l'article 2279 pour les meubles corporels;

2° Les brevets, dessins, etc., sont régis par des lois spéciales. Si le tiers acquéreur a accompli les formalités respectives à l'Office national de la propriété industrielle, il est absolument certain qu'il ne peut en être dépossédé.

3° Quant aux créances, notamment au droit au bail, des distinctions doivent être faites.

a) La créance est au nom de celui qui revendique le fonds

1. PLANIOL et RIPERT, t. 3 par PICARD, n° 144, p. 156; cpr. (sur la possession de l'hérédité); BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, *De la prescription* n° 839, p. 561; AUBRY et RAU, t. II, § 178, p. 109.

2. Les auteurs classiques ne sont pas très clairs sur ce point. Si l'hérédité n'est pas susceptible d'une possession au sens strict, les choses la composant le sont-elles? Certains passages d'AUBRY et RAU laissent supposer l'affirmative, ainsi la note 7 du § 178, précité. « Les expressions « possession de l'hérédité », dont on se sert quelquefois, et que nous avons nous-mêmes employées, s'appliquent bien moins à l'hérédité considérée comme une universalité de droit, qu'aux biens qui en dépendent ».

de commerce : l'acquéreur *a non domino* du fonds ne peut pas prétendre avoir acquis la créance, étant donné qu'il ne s'est pas fait céder la créance par le véritable créancier. Hormis l'hypothèse où il aurait traité avec un créancier apparent (art. 1240 C. civ.), le tiers acquéreur ne peut pas empêcher que celui qui revendique le fonds de commerce exerçât son droit de créance. A vrai dire, le tiers acquéreur est peu digne d'intérêt en cette hypothèse ; il sera facilement convaincu de mauvaise foi par le fait même qu'en acquérant le fonds de commerce, il ne s'est pas adressé au véritable titulaire du droit au bail, et il sera ainsi obligé de rendre le fonds tout entier.

b) L'hypothèse plus pratique est celle où la créance est au nom du vendeur *a non domino*, que ce soit par le fait qu'il a passé le contrat en son nom ou parce qu'il a acquis la créance du précédent exploitant. Dans ce cas la revendication du fonds de commerce est sans effet en ce qui concerne la créance que le tiers acquéreur s'est fait céder par le véritable créancier.

Quant à la « clientèle », nous savons que ce n'est pas un droit réel ; elle n'apparaît comme élément du fonds de commerce que sous la forme de l'obligation du cédant de ne pas faire concurrence au cessionnaire. La clientèle ne peut, par conséquent pas faire l'objet d'une revendication proprement dite.

4° Restent le nom et l'enseigne. Le tiers acquéreur, par le fait qu'il en a usé, pourra invoquer une possession matérielle. Il est douteux qu'il réussisse, étant donné que l'opinion dominante exclut les meubles incorporels du domaine d'application de l'article 2279.

En somme, l'acquéreur *a non domino* de bonne foi pourra garder, en invoquant la règle *En fait de meubles possession vaut titre* tour à tour pour chaque élément, tout le fonds de commerce. La question n'est douteuse que pour le nom et l'enseigne. Mais on voit mal que le véritable propriétaire revendique l'usage du nom et de l'enseigne, alors qu'il sait que les autres éléments resteront la propriété du tiers acquéreur de bonne foi.

On pourrait songer à répliquer, contre le système que

nous soutenons, qu'il rend possible un démembrement du fonds dans certaines hypothèses. Tel sera, par exemple, le cas où le tiers acquéreur n'aura pas accompli les formalités nécessaires à la transmission des brevets d'invention. Nous répondrons à cela qu'il n'a qu'à s'en prendre à lui-même d'avoir été négligent.

C'est, au contraire, dans le système qui refuse l'application de l'article 2279 aux éléments du fonds de commerce, sous prétexte que celui-ci est un bien unique, meuble incorporel, que la cohésion des éléments est mal assurée.

1^o Pour prendre le même exemple que tout à l'heure, supposons que le tiers acquéreur du fonds ait accompli les formalités requises pour la transmission des brevets. Il est hors de doute qu'il est, en ce qui concerne les derniers, à l'abri de toute revendication; en échange, il doit rendre les autres éléments du fonds, bien qu'il soit de bonne foi.

2^o Supposons qu'une personne possède un fonds de commerce, soit à titre de propriétaire, soit à titre de créancier gagiste. Parmi les éléments du fonds donné en gage, il s'en trouve qui n'appartenaient pas à l'auteur du possesseur actuel; il les détenait à titre précaire. La revendication de la part du véritable propriétaire est-elle possible? La question est extrêmement pratique; elle s'est présentée plusieurs fois devant les tribunaux *qui ont constamment repoussé la revendication*¹. Il serait difficile de justifier cette solution, imposée par des nécessités pratiques, par la théorie qui voit dans le fonds de commerce un meuble incorporel. En envisageant au contraire, chaque élément séparément et en lui appliquant les règles sur la pos-

1. Req., 26 mars 1912, *Gaz. Pal.* 1912.2.208; Lyon, 17 mai 1911, *Rec. Gaz. Trib.*, 1911.2.323; Tr. com. Lyon, 29 juillet 1914, D. 20.2.71; Douai, 20 novembre 1930, *D. H.*, 31, *Somm.*, p. 41, V^o Fonds de commerce. — Une solution apparemment différente est donnée par la Cour d'Agen, 8 décembre 1910, *Gaz. Trib.*, 28 janvier 1911, qui décide que le créancier gagiste ne peut réclamer ses droits de gage sur le matériel et le mobilier apporté par un locataire d'un café donné en gage. En réalité dans l'espèce, le créancier gagiste n'a pas invoqué l'article 2279 parce qu'il savait pertinemment que ces choses n'appartenaient pas au commerçant qui lui avait donné le fonds en gage; la Cour d'Agen a fort justement repoussé la prétention du créancier que, le fonds de commerce étant un bien unique, formant un tout indivisible, son droit devait porter même sur des éléments appartenant à un tiers (il n'en serait autrement qu'aux cas d'accession).

session qui lui sont propres, il est normal que le tiers acquéreur ou le créancier gagiste invoque l'article 2279 relativement aux choses (meubles corporels au moins) qu'il a acquises *a non domino*.

§ 2. La vente du fonds de commerce¹.

La vente du fonds de commerce se fait par un contrat unique. Il résulte néanmoins de la nature juridique du fonds de commerce, telle que nous la considérons, que la vente n'a pas, à proprement parler, pour objet le transfert de la propriété d'une chose unique, qui serait le fonds de commerce, mais d'autant de choses qu'il y a d'éléments. Pratiquement, la distinction a de l'importance alors que le fonds de commerce en question n'est pas homogène, mais est composé de droits de propriété incorporelle, de meubles corporels, de certaines créances et, on peut l'admettre, de certains immeubles. Il résulte qu'il faut envisager le transfert de propriété de chaque groupe d'éléments, d'après la nature qui lui est propre.

Une distinction fondamentale doit être faite quant aux effets de la vente suivant qu'il s'agit des effets entre les parties ou envers les tiers.

I. Les effets entre les parties ne donnent guère lieu à des difficultés, parce qu'ils sont en principe les mêmes, qu'il s'agisse de meubles corporels ou incorporels. Par conséquent, rien ne s'oppose à ce que les parties regardent, dans les rapports entre elles, le fonds de commerce comme une chose unique.

Ainsi, l'obligation de délivrance du vendeur peut être considérée sans inconvénients comme une obligation unique, bien qu'elle se traduise par des actes matériels multiples : remises des clés, des titres, et, le cas échéant, des

1. Nous ne parlerons que des points où la nature juridique du fonds de commerce entre en considération, notamment en ce qui concerne le mode de transfert de la propriété. Quant à la formation du contrat, aux diverses obligations des parties ainsi qu'aux formalités prescrites par la loi du 17 mars 1909, on trouvera des explications abondantes dans les ouvrages de droit commercial, ainsi que dans les nombreux ouvrages pratiques sur le fonds de commerce.

livres de commerce, voire d'une liste des clients. Le vendeur peut être considéré comme déchargé même si l'un des actes matériels manque, à condition que, dans son ensemble, il résulte de circonstances que le fonds de commerce a été délivré.

L'obligation de garantie peut également être envisagée comme une obligation unique. Par conséquent, même si l'acheteur venait à être évincée d'un élément ayant fait partie du fonds de commerce (ce qui devient purement hypothétique si on applique l'article 2279 aux éléments du fonds) ou si un élément était affecté d'un vice caché, l'acheteur ne pourrait agir contre le vendeur. Ce n'est toutefois qu'une manière d'interpréter la volonté des parties. Il se peut que le vendeur se soit engagé, de manière explicite ou tacite, à garantir les éléments les plus importants de la vente. Il a été décidé ainsi que le vendeur d'un fonds de laitier-nourrisseur est contraint de subir une réduction du prix de vente, lorsqu'au nombre des animaux vendus avec le fonds, figurent des vaches atteintes de tuberculose généralisée (vice rédhibitoire)¹. Dans l'espèce, les animaux ont été évidemment considérés par les parties comme des éléments essentiels de la vente.

La vente peut être faite par un prix unique. Traditionnellement, on fixe néanmoins des prix différents pour les éléments incorporels, le matériel et les marchandises. L'article premier de la loi de 1909 consacre cette coutume en établissant trois privilèges distincts sur ces trois groupes d'éléments.

Quant à l'effet translatif de propriété entre les parties, étant donné que les articles 1138 et 1583 du Code civil s'appliquent à toutes les catégories de biens, il n'y a pas d'inconvénients à ce que l'on admette que par le seul consentement des parties contractantes, la propriété du bien unique que serait le fonds de commerce soit acquise de droit à l'acheteur à l'égal du vendeur. On arrive pratiquement aux mêmes résultats qu'en considérant le fonds de

1. Paris, 9 décembre 1911, *Journ. Tr. com.*, 1913, p. 241; ESCARRA, n° 483, p. 511, texte et note 1.

commerce, non comme un bien unique, mais comme une masse de biens.

II. Les effets de la vente à l'égard des tiers dépendent de la catégorie de biens dont la propriété est transférée. Il n'est, par conséquent, plus du tout indifférent qu'on considère le fonds de commerce comme un bien unique, soumis de ce fait aux règles propres aux meubles incorporels ou qu'on le considère comme un ensemble de biens, chacun gardant sa nature. Les parties ne peuvent évidemment plus considérer le fonds comme un bien unique, s'il ne l'est pas de sa nature, parce que les parties ne peuvent toucher à la distinction légale des biens.

Si on admet que le fonds de commerce est un bien unique, on est amené à se demander quelles sont les règles uniques suivant lesquelles s'opère le transfert de la propriété du fonds de commerce à l'égard des tiers. On a songé que la loi de 1909, par la publicité qu'elle a instaurée, en a voulu réglementer le transfert de propriété. On est aujourd'hui d'accord pour admettre que la publicité instaurée par la loi de 1909 n'a rien de commun avec, par exemple, la transcription en matière immobilière de la loi du 23 mars 1855. La vente est valable entre les parties, comme à l'égard des tiers, sans aucune publicité¹.

Il faut également écarter l'article 1690 du Code civil. Celui-ci ne s'applique qu'aux droits de créance contre une personne et le fonds de commerce, en tant que bien unique, est une propriété incorporelle².

Il ne reste alors, si on considère le fonds de commerce comme un meuble incorporel, que de lui appliquer le droit commun suivant les articles 1138 et 1583 du Code civil; étant donné que, d'après l'opinion dominante, les articles 2279 et 1141 du Code civil ne s'appliquent pas aux meubles incorporels³, il est même indifférent que l'acquéreur se

1. Civ., 17 juillet 1930, *D. H.* 30.505, *D.* 32.1.112, *Gaz. Pal.*, 30.2.402, *S.* 31.1.297 note HUBERT; ESCARRA, n° 481, p. 510; WAHL, *Précis*, n° 327, p. 104; CENDRIER, n° 187.

2. WAHL, *ibidem*. Cpr. avec la vente d'hérédité : on est aujourd'hui d'accord pour ne pas exiger de l'acheteur qu'il fasse une signification aux cohéritiers; nous reviendrons bientôt sur ce point.

3. Aux indications bibliographiques données dans notre § 1, *adde*, Aix,

soit mis en possession pour acquérir la propriété du fonds de commerce, même envers les tiers¹.

Il en est tout autrement dans le système qui ne voit pas dans le fonds de commerce, un objet de droits. Chaque catégorie d'éléments obéira, quant à la transmission de la propriété à l'égard des tiers, aux règles qui lui sont propres².

a) Il y a des éléments dont la transmission obéit certainement à des règles qui leur sont propres. Même ceux qui soutiennent que le fonds de commerce est un meuble incorporel sont obligés de le reconnaître, étant donné que la loi est catégorique.

1° Les brevets d'invention sont soumis, comme s'ils avaient été cédés séparément, aux mêmes formalités prescrites par les loi du 5 juillet 1844, articles 20 et 21 (modifiées par la loi du 26 décembre 1908) et du 26 juin 1920. Les deux derniers alinéas de l'article 24 de la loi de 1909 prévoient que les ventes de fonds de commerce comprenant des marques de fabrique ou de commerce, des dessins et modèles industriels doivent être inscrites à l'Office national de la propriété industrielle. Cette disposition est difficilement conciliable avec la théorie que nous combattons; il serait bien peu satisfaisant de la considérer comme une simple exception au principe de l'unité du fonds de commerce. L'exception suffit pour renverser le principe tout entier.

2° On peut comprendre dans une vente de fonds de commerce des immeubles qui, économiquement, en font partie. Ils resteront néanmoins soumis à la transcription prévue par la loi du 23 mars 1855. De cette manière, on ne sera plus obligé d'exclure les immeubles du fonds de commerce, comme au cas où on voit dans le fonds de commerce un bien unique.

b) L'accord n'est pas fait quant aux autres éléments.

11 juin 1908, D. 10.2.35; cet arrêt pose le principe que l'article 1141 ne s'applique pas aux meubles incorporels. *Cpr.* Civ., 17 juillet 1930, précité.

1. V. en ce sens LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, t. III, n° 242, *Manuel*, 14^e éd., n° 432-6; ESCARRA, *loc. cit.*; CENDRIER, *loc. cit.*

2. V. en ce sens WAHL, *Précis*, n° 327, p. 104; rapprocher LACOUR, t. I, n° 837, p. 490-491.

1^o. Les meubles corporels restent, dans le système que nous soutenons, soumis à l'article 1141¹. Entre deux acquéreurs successifs, on préférera donc celui qui s'est mis en possession.

Ceux qui soutiennent la théorie du fonds de commerce meuble incorporel, semblent parfois vouloir faire la distinction suivante : lorsque l'acquéreur du fonds de commerce, qui n'en a pas pris possession, vient en conflit avec une personne en ayant acquis les marchandises seulement, la dernière est préférée, étant donné que la première a acquis uniquement la propriété de l'ensemble, entité abstraite et que les éléments détachés perdent le caractère de fonds de commerce. Par contre, lorsqu'il y a conflit entre deux acquéreurs du fonds tout entier, même si le second en date s'est fait mettre en possession du fonds de commerce, le premier en date est préféré². Ceci repose sur la distinction qu'on fait du fonds de commerce *in globo* et ses éléments. Nous avons dit ce que nous pensons de cette distinction : s'il est vrai qu'on applique aux fonds de commerce dans son ensemble des règles spéciales, étant donné qu'on ne peut faire porter les droits réels à la fois ou alternativement, sur l'ensemble et sur ses éléments, il faut considérer qu'en tout état de cause, les seuls objets de droits sont les éléments. D'autre part, nous nous sommes ralliés dans le paragraphe précédent au système qui admet que, si le fonds de commerce n'est pas susceptible d'être possédé dans son ensemble, les éléments sont soumis aux règles sur la possession suivant la nature qui leur est propre à chacun. Etant donné que l'article 1141 n'est qu'une application de l'article 2279, nous aboutissons à la conclusion que *l'article 1141 s'applique aux meubles corporels compris dans le fonds de commerce*.

2^o La solution à donner pour les meubles incorporels tels que le nom et l'enseigne, variera suivant qu'on les reconnaît ou non susceptible de possession et soumis à

1. V. WAHL, *ibidem*.

2. C'est du moins ce qui semble ressortir des passages de LYON-CAEN et RENAULT et de CENDRIER, précités. V. aussi GARY, p. 75; Tr. com. Seine, 1^{er} mars 1899, *Ann. dr. com.*, 1899, p. 361, *Gaz. Pal.*, 25 avril 1899.

l'article 2279. Dans l'affirmative, ils seront traités comme les meubles corporels.

3° On peut rattacher à cette question celle de savoir si les cessions de créances, comprises dans la vente du fonds de commerce, sont ou non soumises à la nécessité pour le cessionnaire d'accomplir les formalités de l'article 1690 du Code civil pour être saisi des créances à l'égard des tiers. La question est controversée en jurisprudence comme en doctrine. Les difficultés proviennent tant des essais qu'on a faits pour restreindre le champ d'application de cet article que de la nature juridique du fonds de commerce.

Les arguments que l'article 1690 du Code civil ne s'appliquerait qu'à la vente, non pas, par exemple, à l'apport en société du fonds de commerce, que l'article 1690 se justifie mal en général, n'ont aucune valeur¹. Le seul argument intéressant est celui qui fait une distinction entre les transmissions à titre universel et celles à titre particulier². Plus exactement, l'article 1690 ne s'appliquerait pas au cas de cession d'une universalité (« universalité juridique »), notamment au cas de cession de droits successifs³, d'apport de l'actif et du passif d'une société dissoute en une société nouvelle⁴, et au cas de cession d'un cabinet d'affaires⁵; les auteurs cités en note y ajoutent la vente du fonds de commerce.

La comparaison qu'on fait entre la cession de fonds de commerce et la *vente d'hérédité* nous amène à discuter plus longuement cette dernière. De frappantes analogies existent entre la vente d'hérédité et celle du fonds de commerce, telle que nous l'avons caractérisée.

On dit que la vente d'hérédité est une transmission à

1. Cf. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Sociétés*, 3^e éd., n° 175, p. 117.

2. C'est cet argument qui est mis en vedette par MM. PLANIOL et RIPERT t. 7, par RADOUANT, n° 1124, p. 443; COLIN et CAPITANT, t. 2, 5^e éd., p. 151; HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, Paris, 1891, t. I, n° 306.

3. Civ., 6 juillet 1858, S. 59.1.247; Req., 16 avril 1889, D. 90.1.260, S. 91.1.106.

4. Paris, 15 décembre 1906, D. 1908.2.321, note contraire LEVILLAIN: Bordeaux, 5 août 1868, D. 69.2.111.

5. Paris, 15 octobre 1920, *Gaz. Pal.*, 1920.2.411, *Ann. dr. com.*, 1921, p. 166, note conforme ROUSSEAU.

titre universel, en ce sens qu'elle porte sur un ensemble et non pas sur tels ou tels biens individuellement déterminés¹. Cette idée sert, tout d'abord, à expliquer la disposition de l'article 1696 du Code civil, suivant laquelle celui qui vend une hérédité sans en spécifier en détail les objets, n'est tenu de garantir que sa qualité d'héritier. Parallèlement, le vendeur du fonds de commerce ne garantit que l'ensemble du fonds de commerce.

Une autre conséquence est que le cessionnaire de l'hérédité est tenu de payer les dettes de la succession au prorata de la fraction cédée. Cette transmission de dettes semble imparfaite, le cessionnaire n'étant tenu de l'obligation de les payer qu'envers le cédant : néanmoins, la solution réciproque pour la vente du fonds de commerce ne semble pas vraie, parce que celle-ci se fait généralement sans la transmission du passif.

Quoi qu'il en soit, il est intéressant de considérer comment se fait la transmission de la propriété envers les tiers. Certains auteurs et quelques arrêts, en disant que la vente de l'hérédité est une transmission à titre universel, avaient tiré la conséquence qu'elle n'était soumise à aucune des mesures de publicité du droit commun concernant les différents biens compris dans l'hérédité². On ajoutait parfois que le cessionnaire, pour être saisi de l'hérédité à l'égard des tiers, devait faire une notification aux *cohéritiers*³. Mais à l'heure actuelle, on est à peu près unanime à exiger, pour chaque bien rentrant dans l'ensemble cédé, l'accomplissement de la formalité de publicité qui lui est propre⁴, notamment la transcription pour les immeubles, la mutation en douane pour les navires, la publicité prescrite pour les droits de propriété industrielle, etc. L'acquéreur est également tenu à se faire mettre en possession des meubles corporels, conformément à l'article 1141. La signification aux cohéritiers est évidemment inutile.

1. COLIN et CAPITANT, t. 2, p. 504-505.

2. V. COLIN et CAPITANT, t. 2, p. 505.

3. Toulouse, 26 août 1863, D. 64.2.5.

4. En ce sens, COLIN et CAPITANT, t. II, 5^e éd., p. 151; GUILLOUARD, *Vente*, 3^e éd., t. II, n° 866; AUBRY et RAU, 5^e éd., t. V, § 359, note 24 et 359 *ter*, texte et note 4 *bis*.

Cette solution présente une analogie frappante avec celle que nous soutenons en ce qui concerne la cession du fonds de commerce. L'analogie est d'autant plus remarquable que l'hérédité est une universalité *de droit*, qui semblerait, par conséquent, devoir présenter un lien plus étroit entre les éléments.

De curieuses divergences subsistent quant au point de savoir si le cessionnaire de l'hérédité est tenu d'accomplir la formalité imposée par l'article 1690 pour la cession des créances comprises dans l'hérédité. Des auteurs célèbres l'en dispensent¹. Laurent donne comme argument que ce ne sont pas les créances héréditaires qui forment l'objet de la vente, mais l'universalité. La preuve en serait que, si l'héritier cédait les créances, il en devrait garantir au moins l'existence, conformément à l'article 1693; or l'article 1696 l'en dispense justement, en lui imposant de garantir uniquement sa qualité d'héritier. Guillouard² donne un argument semblable.

La contradiction est relevée dans les ouvrages de Baudry-Lacantinerie et Saignat³ et d'Aubry et Rau⁴, dont nous extrayons le passage suivant : « A l'égard des tiers, le cessionnaire n'est saisi de la propriété des immeubles ou créances pouvant se trouver dans l'hérédité, qu'autant qu'il a respectivement rempli à leur égard les formalités prescrites par la loi du 23 mars 1855 et par l'article 1690 du Code civil. En effet, lorsqu'il entend faire valoir des droits sur ses biens *considérés isolément*, sa situation à l'encontre des tiers, est entièrement assimilable à celle d'un acheteur ordinaire, et il doit, dès lors, être tenu à l'observation des règles édictées dans l'intérêt de ces derniers. Par la même raison, il faut décider que l'article 1141 est opposable au cessionnaire... M. Guillouard (II, 866) admet la solution

1. PLANIOL et RIPERT, *loc. cit.*; COLIN et CAPITANT, *loc. cit.*; GUILLOUARD, *loc. cit.*; LAURENT, t. XXIV, n° 478; PLANIOL, *Traité élémentaire*, t. II, n° 1642; ROUSSEAU, note *Ann. dr. com.*, 1921, p. 166.

2. *Op. et loc. cit.*

3. *Vente*, n° 909.

4. § 359 *ter*, note 4 *bis*. Dans le même sens, COLIN et CAPITANT, t. II, 5^e éd., p. 505 (*cpr. ibidem*, p. 151); HUC, *Cession des créances*, t. I, n° 282 (*cpr.* n° 306); BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Sociétés*, 3^e éd., n° 175, p. 117.

qui vient d'être opposée, relativement aux immeubles, mais il la repousse quant aux créances. Cette distinction, ainsi que le font remarquer MM. Baudry-Lacantinerie et Saignat (909) est peu logique. »

Il semble par conséquent, plus exact de décider que, même pour la cession de créances comprises dans l'hérédité, les formalités de l'article 1690 sont nécessaires pour la rendre opposable aux tiers. L'article 1690 est formel; ainsi que la loi du 23 mars 1855 s'applique à toutes les mutations entre vifs, sans faire de distinction entre les opérations à titre universel et celles à titre particulier, l'article 1690 s'applique au cas de cession de créances comprises dans une mutations entre vifs à titre universel, comme celle de l'hérédité et celle du fonds de commerce.

On a soutenu que la publicité prévue pour la vente du fonds de commerce par la loi de 1909 était un argument pour son exclusion¹. Ce n'est pas notre avis. Tout d'abord, ce serait une lourde erreur de considérer la publicité prescrite par la loi de 1909 comme ayant eu pour but de rendre la vente du fonds de commerce opposable aux ayants-cause à titre particulier du cédant, ainsi que nous venons de le voir². Par conséquent, si nous supposons un conflit entre Primus, cessionnaire d'un fonds de commerce et Secundus cessionnaire d'une créance comprise dans le fonds de commerce, Primus ayant accompli les formalités de la loi de 1909, Secundus celles de l'article 1690, la préférence devra être accordée à Secundus parce que la publicité faite par Primus, même si elle est antérieure, ne lui est pas opposable.

Mais on peut se poser à un autre point de vue. On peut dire qu'à l'article 1690 peuvent être substituées d'autres formes de cession qui, toutes, ont ceci de commun, qu'il en résulte implicitement que le débiteur a eu en fait, connaissance de la cession³. La publicité de la loi de 1909 pourrait ainsi fournir un *ersatz* de l'article 1690. Remarquons que la publicité de la loi de 1909 est susceptible de porter en fait

1. ROUSSEAU, note précitée.

2. Civ., 17 juillet 1930, D. 32.1.112, S. 31.1.297 précité.

3. ROUSSEAU, note précitée et les renvois.

à la connaissance des tiers tout au plus la cession de droit au bail, parce que le droit au bail seul fait normalement partie du fonds de commerce. Quant aux autres créances, elles ne sont comprises dans la vente du fonds de commerce qu'en vertu d'une clause expresse. Il devient alors singulièrement difficile aux tiers intéressés de connaître la cession intervenue. Enfin, même si on admet que le fait, de la part du débiteur, d'avoir connu la cession intervenue, supplée à l'article 1690, il ne paraît pas que ces faits soient susceptibles d'influencer le second cessionnaire de la créance et les autres tiers intéressés.

Pour finir la question de l'application de l'article 1690, ajoutons que, même si par la tendance actuelle de restreindre le champ d'application de cet article, on finira par décider qu'il ne s'applique pas aux créances comprises dans la vente d'un fonds de commerce, il ne faudra pas en tirer la conclusion que pour les autres éléments du fonds de commerce non plus, il n'y aurait pas besoin d'acquérir la propriété à l'égard des tiers par les moyens qui leur sont propres. La comparaison que nous avons faite avec la cession de l'hérédité nous a montré que, même les auteurs qui écartent en ce cas l'application de l'article 1690, admettent pour les autres éléments transmis, l'accomplissement des mesures de publicité qui leur sont propres. Il en est de même pour le fonds de commerce.

§ 3. *Le nantissement du fonds de commerce.*

1. Le nantissement d'après le droit commun.

Le nantissement du fonds de commerce a fait l'objet de la loi du 1^{er} mars 1898, remplacée par la loi du 17 mars 1909 qui en a donné une réglementation détaillée. Une sommaire étude du nantissement d'après le droit commun est néanmoins utile, tout d'abord parce qu'elle met en lumière la nature juridique du fonds de commerce, et puis parce qu'elle fait comprendre la nature juridique du nantissement d'après ces lois.

Conformément aux articles 2076 du Code civil et 92 du Code de commerce, le gage d'objets mobiliers est sou-

mis à la nécessité de la remise de la chose au créancier. C'est pour cela qu'on nous dit que le contrat de gage est un contrat réel. La remise de la chose est remplacée pour les créances par une signification faite au débiteur de la créance donnée en gage, suivant les articles 2075 et 1690 du Code civil. D'après le droit commun, il n'y a que ces deux manières-là pour donner un meuble en gage, suivant qu'il est corporel ou incorporel.

Avant 1898, une célèbre controverse eut lieu sur la question de savoir comment se ferait le nantissement du fonds de commerce. Nous ne voulons pas refaire tout l'historique de cette dispute trop connue, mais uniquement montrer comment devrait s'opérer le nantissement du fonds de commerce en l'absence de lois spéciales, suivant le système qui nie à l'ensemble le caractère de meuble incorporel¹.

Les Cours d'appel et même la Cour de cassation avaient, avant 1898, admis la théorie que le fonds de commerce serait un bien unique, un meuble incorporel et que le nantissement devait s'en opérer dans les termes de l'article 2075 du Code civil, sans dépossession effective de la part du débiteur. Les seules formalités qu'on exigeait généralement étaient la signification au bailleur de l'immeuble et la remise des titres (acte d'achat du fonds de commerce, acte de bail, etc...) au créancier gagiste. Il est évident que ces formalités faciles à accomplir, que la pratique avait inventées, et que la jurisprudence des instances supérieures voulait consacrer, rendaient le nantissement du fonds de commerce extrêmement pratique. Pourtant, même en considérant le fonds de commerce comme un meuble incorporel, il est plus que douteux qu'il puisse être donné en nantissement dans cette forme. D'autre part, il n'était nullement prouvé, par ailleurs, que le fonds de commerce fût vraiment un meuble incorporel. C'est pourquoi l'on peut dire que toute la théorie du fonds de commerce bien unique, a été forgée spécialement pour en permettre le nantissement sans dessaisissement effectif.

Les tribunaux de commerce, auxquels se rallièrent quelques Cours d'appel, résistaient énergiquement à cette manière de voir, mais, à l'instar de la jurisprudence qui validait le nantissement sans dépossession, en ayant en vue des nécessités pratiques, les tribunaux de commerce se basaient au fond également sur des nécessités pratiques pour l'annuler. Bien sûr, il était facile au commerçant de se procurer du crédit moyennant un gage spécialisé sur le fonds de commerce, tout en continuant l'exploitation. Mais, d'une part, ce gage spécialisé absorbait le plus souvent le plus clair de la fortune du commerçant, alors notamment qu'on y comprenait les marchandises existant en magasin. Le crédit général du commerçant s'en trouvait d'autant plus affaibli. Il était dès lors naturel que les tribunaux de commerce, étant donné la tendance du droit commercial, par opposition au droit civil, de favoriser le crédit chirographaire au détriment du crédit spécialisé, s'opposassent à cette extension du dernier. D'autant plus que le privilège ainsi créé avait le grave inconvénient d'être pour ainsi dire occulte. La signification au bailleur et la remise des titres n'étaient qu'un simulacre de publicité.

Comme on voit, les arguments d'ordre théorique pour et contre le nantissement sans dépossession, étaient éclipsés par des arguments d'ordre pratique. Les principes juridiques servaient tout au plus comme des moyens de justifier, tant bien que mal, le système qu'on préconisait au nom des nécessités pratiques.

Au point de vue pratique, les lois de 1898 et 1909 ont résolu le problème en tenant compte des deux points de vue. Elles validèrent le gage sans dépossession, remplacèrent néanmoins la publicité qui résulte de la dépossession, non pas par la signification au bailleur et la remise des titres, mais par le moyen bien plus efficace de l'inscription au greffe du tribunal de commerce. Le caractère occulte du privilège était par conséquent supprimé. D'autre part, la loi de 1909 (la question était controversée sous la loi de 1898) précise que le nantissement ne peut porter sur les marchandises (art. 9, al. 1). Par ces dispositions, ainsi que par d'autres (art. 1^{er}, al. 2 et al. 3 à 6, art. 9, al. 3)

elle a fait part à l'objection que le gage spécialisé sur le fonds de commerce absorberait tout le crédit du commerçant.

Considérons à un point de vue purement théorique comment devrait s'opérer le nantissement du fonds de commerce en l'absence de lois spéciales.

Le fonds de commerce considéré comme un bien unique, meuble corporel, sera donné en gage suivant les règles concernant la mise en gage de ces biens. Mais ceci ne résout nullement le problème. En effet, il ne résulte pas clairement des textes du Code civil comment s'opère la mise en gage des meubles incorporels qui sont des propriétés, non des créances.

Pour que la possession d'une chose soit remise au créancier, il faut d'abord supposer que cette chose soit susceptible de possession. La jurisprudence qui validait le nantissement avant 1898 semble justement avoir admis implicitement cette possibilité en ce qui concerne les fonds de commerce. Ceci est curieux parce qu'en général on déduit du caractère de meuble incorporel du fonds de commerce qu'il n'est pas susceptible de possession proprement dite, qu'il échappe donc à la règle *En fait de meubles possession vaut titre*. Quoiqu'il en soit, dans ce système, le créancier est saisi du gage par la signification faite au bailleur et par la remise des titres.

On voit mal le sens que la signification a dans notre cas. Non pas que nous la considérons comme inutile : nous savons que la cession de créance comprise dans une vente de fonds de commerce doit être signifiée au débiteur; il doit en être de même dans le cas d'une mise en gage. Mais si on considère le fonds de commerce comme un tout indivisible, cette formalité ne peut avoir de sens que si elle se rapporte à l'ensemble même. Or, le fonds de commerce dans son ensemble, n'est sûrement pas une créance, mais une propriété incorporelle; le fonds de commerce ne représente pas un droit contre une personne, mais un droit sur une chose.

La signification au bailleur, a tout au plus le sens de constituer, à côté de la remise des titres de propriété au

créancier, une *dépossession symbolique*¹. C'est sans doute ainsi que cette jurisprudence a dû les interpréter. On peut alors faire remarquer que cette dépossession symbolique est bien insuffisante, tout acte de possession de la part du créancier étant exclu alors que le débiteur exploite le fonds de commerce dans son propre immeuble et qu'il l'a fondé lui-même et n'a par conséquent aucun titre constatant la propriété du fonds.

En conclusion, l'idée que le fonds de commerce est un meuble incorporel aboutit ou bien à la négation de la possibilité du gage, si on refuse aux meubles incorporels la faculté d'être possédés, ou bien à la mise en possession effective du créancier, si on reconnaît cette faculté aux meubles incorporels. Evidemment, le débiteur ne peut, dans la dernière hypothèse, exploiter le commerce lui-même.

Si on considère, au contraire, que le fonds de commerce n'est qu'un ensemble de biens, chaque bien étant un objet de droits propre, ainsi que nous le soutenons, la question se pose tout autrement : chaque élément sera mis en gage de la manière qui lui est propre, à savoir :

1° Le créancier (ou un tiers) sera mis en possession effective des marchandises et du matériel.

2° Les éléments incorporels du fonds de commerce, étant susceptibles de possession (sauf controverse) le créancier (ou le tiers) devra en être mis en possession effective. La simple remise des titres d'acquisition ne semble pas être suffisante, bien qu'elle soit plus facilement admissible que pour l'ensemble du fonds de commerce.

3° La signification au bailleur est nécessaire.

La remise des titres d'acquisition du fonds de commerce est inutile.

Ce système présente évidemment le grave inconvénient

1. On sait que la jurisprudence a toujours exigé la tradition pour tous les droits incorporels, quels qu'ils soient, malgré l'opinion contraire de certains auteurs : Civ., 20 janvier 1886, D. 86.1.406, S. 86.1.305 note LYON-CAEN; 18 mai 1898, D. 1900.1.481, note SARRUT; 24 janvier 1905, D. 05.1.493, S. 05.1.113.

de rendre le nantissement du fonds de commerce possible uniquement à condition que le commerçant abandonne l'exploitation du commerce. A cela on peut répliquer, en premier lieu, que cet inconvénient ne prouve rien contre la théorie même¹. En second lieu, même en considérant le fonds de commerce comme un meuble incorporel, il ne semble pas que le nantissement soit possible autrement. Enfin, les inconvénients pratiques ayant été supprimés par les lois de 1898 et 1909, il n'y a plus lieu de forcer les principes juridiques généraux pour aboutir au résultat qu'on se propose par avance d'atteindre.

II. Le nantissement par l'inscription au greffe.

Les lois de 1898² et 1909 ont institué une réglementation absolument originale du nantissement du fonds de commerce possible pour le débiteur, tout en sauvegardant le droit des tiers.

La nature juridique de l'inscription par laquelle le gage est rendu opposable aux tiers, fait l'objet d'une intéressante controverse. D'après certains auteurs, ces lois auraient institué, sous la dénomination de nantissement, une véritable *hypothèque mobilière*, en dérogeant

1. M. GOMBEAUX lui-même l'avoue, p. 108-109, bien qu'il aboutisse, après l'examen de la loi de 1898, à la conclusion que le fonds de commerce est un meuble incorporel.

2. En vérité, la loi de 1898 n'était pas tout à fait explicite. On se demandait si elle instituait une formalité unique ou si elle avait voulu ajouter aux dispositions précédentes une formalité nouvelle destinée à supprimer le caractère occulte du nantissement. Un grand nombre d'arguments furent apportés dans un sens et dans l'autre. Pour soutenir que l'inscription au greffe était nécessaire et suffisante, on déclarait, entre autres, que le fonds de commerce est un meuble incorporel (v. par ex. : Caen, 29 juin 1901, S. 02.2.198. Il semble donc que la loi de 1898 n'aurait rien changé à la manière dont la question se posait, puisqu'il fallait continuer à se demander comment s'opère la mise en gage des meubles incorporels. Il est vrai que, dans ce système, on voyait dans la loi de 1898 une consécration du régime antérieur, suivant lequel le gage était possible sans dessaisissement effectif. En réalité, la loi de 1898 avait voulu organiser le nantissement par une formalité unique, ce qu'on finit par admettre, sans s'inquiéter, toutefois, de consacrer le système antérieur de nantissement.

On trouvera rapportées au *Dalloz* 1901.2.97 et au *Sirey* 1901.2.153 un grand nombre d'espèces concernant cette controverse; la Cour de cassation a toujours décidé que l'inscription au greffe était nécessaire, mais suffisante : Civ., 5 janvier 1904, D. 04.1.47; Civ., 31 octobre 1906, S. 07.1.24, D. 06.1.528.

ainsi aux articles 2114 et suivants du Code civil¹. On allègue que « les traits essentiels dont la réunion différencie l'hypothèque des autres sûretés réelles se retrouvent tous ici : absence de dessaisissement du débiteur, publicité par voie d'inscription, droit de suite. L'on doit même regretter que le législateur, imbu d'une tradition périmée, n'ait point rompu avec la routine et assigné à l'institution la seule qualification qui corresponde à sa nature juridique véritable² ».

Faisons d'abord remarquer que le nantissement moyennant inscription peut tout au plus être rapproché d'une hypothèque. Les auteurs ci-dessus parlent toujours d'une *véritable* hypothèque mobilière, ne disent pas hypothèque mobilière tout court, ce qui montre suffisamment qu'il ne s'agit là que d'une comparaison. Il serait dès lors sûrement faux d'appliquer au nantissement du fonds de commerce des règles absolument propres à l'hypothèque, tel que le bénéfice de discussion ou la faculté de délaissement³.

A cette opinion s'oppose celle qui voit dans le nantissement du fonds de commerce plutôt un véritable nantissement qu'une hypothèque⁴. C'est vers celle-ci que vont nos préférences. Bien sûr, il y a comme pour l'hypothèque, absence de dessaisissement et publicité par voie d'inscription. A la vérité, ces deux caractéristiques n'en font qu'une : le dessaisissement est remplacé par l'inscription. Les deux sont des manières de rendre publique la constitution de la sûreté. Le dessaisissement et l'inscription feraient double emploi (ce double emploi existe exceptionnellement pour l'antichrèse). L'inscription est venue remplacer la dépossession qui, suivant le droit commun, eut été nécessaire. Suivant l'expression de M. Wahl, l'inscription équi-

1. PERCE ROU, note D. 1911.2.313; ESCARRA, n° 500, p. 546; *adde* PLANIOL, t. II, n° 2709; GARÇON, *Code pénal annoté*, t. I, Paris, 1901-1906, sous art. 400, n° 182.

2. ESCARRA, *loc. cit.*

3. Cf. NAQUET, dissertation S. 1917.1.113.

4. WAHL, *Précis*, n° 382, p. 120; notes sous Req., 20 janvier 1913, S. 20.1.133 et Aix, 12 février 1912, S. 13.2.281. *Cpr.* COLIN et CAPITANT, 5^e éd., t. II, p. 768; ces auteurs repoussent l'idée d'hypothèque mobilière, sans toutefois considérer, en échange, que l'inscription est, juridiquement, une mise en possession.

vaut à la mise en possession, elle est juridiquement une mise en possession. Le droit de suite découle alors naturellement du fait que le créancier possède le fonds de commerce; il peut le reprendre dans les mains des tiers tant qu'il ne s'en est pas dépouillé volontairement.

La nature juridique du fonds de commerce n'entre qu'incidemment en ligne de compte dans cette controverse. On pourrait arguer, contre la théorie qui voit dans l'inscription une mise en possession, que le fonds de commerce n'est pas susceptible, comme tel, de possession. Ceci est exact, mais les éléments du fonds de commerce le sont bien, ainsi que nous avons essayé de le démontrer.

Le fait que la loi de 1909 ne s'applique qu'au fonds dans son ensemble, et notamment l'inexistence du droit de suite sur les éléments séparés du fonds de commerce (excepté les brevets, etc...) ce qui est une donnée certaine du droit positif, se concilie tout aussi bien avec la théorie de l'hypothèque mobilière qu'avec la théorie de la possession indirecte, ainsi que nous l'avons vu au chapitre précédent.

Il y a néanmoins des intérêts pratiques à distinguer les deux théories¹.

1° Le conflit entre le créancier nanti et les tiers se règle suivant le principe *En fait de meubles possession vaut titre*. Nous avons vu que, conformément à la jurisprudence, le créancier nanti peut opposer l'article 2279 au tiers qui revendique un meuble corporel donné en gage². S'il s'agissait d'une hypothèque mobilière, il faudrait décider que le créancier n'a aucun droit sur la chose n'ayant pas appartenu au débiteur, l'hypothèque constituée à *non domino* ne pouvant produire aucun effet³. D'après le même principe, se règlera le conflit avec les autres créan-

1. WAHL, *Précis*, n° 382, p. 182.

2. Req. 26 mai 1912, *Gaz. Pal.*, 1912.2.208; Lyon, 17 mai 1911, *Rec. Gaz. Trib.*, 11.2.323; Trib. com. Lyon, 29 juillet 1914, D. 20.2.71; Douai, 20 novembre 1930, D. H. 31, *Somm.*, p. 41, V° « Fonds de commerce », précités.

3. Une solution semblable résultant de l'article 8, 1^{er} alinéa de la loi du 30 avril 1906 sur les warrants agricoles, détermine MM. COLIN et CAPITANT (*l. II*, 5^e éd., p. 771) à dénier au warrant la nature juridique d'une hypothèque mobilière; V. Civ., 23 avril 1918, D. 19.1.33, note CAPITANT.

ciers, par exemple avec le bailleur de l'immeuble¹.

2° Le matériel immobilisé peut être compris dans le nantissement. Quant à la question délicate de savoir comment se règle le conflit entre le créancier nanti et le créancier hypothécaire de l'immeuble, il faut encore se référer à l'idée que le créancier nanti de bonne foi peut opposer au créancier hypothécaire l'article 2279².

3° Conformément à la jurisprudence, le détournement du fonds de commerce de la part du débiteur est puni dans les termes de l'article 400 du Code pénal comme le détournement des objets remis en gage au créancier. Ceci est manifestement contraire à la théorie de l'hypothèque mobilière.

La jurisprudence est en somme favorable à l'idée que l'inscription équivaut à la mise en possession du créancier. Elle confirme indirectement l'idée que les éléments du fonds de commerce sont susceptibles de possession, par suite aussi de l'idée que le fonds de commerce n'est pas un objet de droits propre.

III. Comments'explique le fait que le droit du créancier nanti s'exerce sur les éléments existant au moment de la réalisation du gage?

Le fonds de commerce a une composition éminemment variable. Le fait qu'il a été donné en nantissement n'enlève pas au débiteur le droit d'exploiter le fonds de commerce, ce qu'il ne peut faire qu'en aliénant les marchandises. Mais non seulement les marchandises peuvent être vendues; le matériel aussi doit être renouvelé, surtout les matières se consommant par le premier usage; généralement, tous les éléments du fonds de commerce peuvent être renouve-

1. V. notamment Trib. com. Tourcoing, 30 septembre 1902, D. 03.2.169 (10^e esp.). Il s'y agissait d'un conflit entre le bailleur d'immeuble et le créancier nanti. Le tribunal, après avoir reconnu la validité du nantissement portant même sur les marchandises, donna la préférence au bailleur pour les raisons suivantes : « Il est vrai, dit le tribunal, que l'inscription, par une fiction juridique, emporte dépossession et que la mise en possession fictive du créancier produit les effets de la mise en possession réelle. Il en est de même du propriétaire de l'immeuble qui possède par l'intermédiaire de son débiteur. Dans l'espèce, le droit du bailleur est antérieur au nantissement. Or, le droit au bail étant un élément essentiel du fonds de commerce, sans lequel il n'y aurait pas de fonds de commerce, le créancier nanti ne saurait alléguer sa bonne foi, n'ayant en réalité, pas pu ignorer le droit du bailleur ».

2. WAHL, note sous Aix, 12 février 1912, S. 13.2.281.

lés par le débiteur. De bonne heure, la question s'est posée devant les tribunaux de savoir si le créancier pouvait exercer son droit sur les éléments faisant partie du fonds de commerce lors de la réalisation du gage, même si ces éléments n'étaient pas identiquement les mêmes que ceux en ayant fait partie initialement. On se demandait pareillement si le vendeur non payé du fonds de commerce pouvait reprendre ce dernier tel qu'il se trouvait au moment où il exerçait son droit de résolution. Dans la négative, le droit du créancier gagiste ou du vendeur non payé aurait beaucoup perdu de sa valeur, aussi se prononça-t-on pour l'affirmative¹. Depuis la loi de 1909, la question ne fait plus de doute. Elle résulte indirectement de dispositions telles que le dernier alinéa de l'article premier qui prescrit la ventilation du prix de revente mis en distribution, s'il s'applique à un ou plusieurs éléments non compris dans la première vente². Les marchandises ne peuvent plus être données en gage, mais la question continue à se poser, pour les autres éléments qui se renouvellent, au cas de gage et elle se pose encore, même pour les marchandises, au cas de privilège ou d'action résolutoire du vendeur.

Si le fonds de commerce était à proprement parler un bien unique, la solution serait très facile à justifier. Le bien sur lequel le créancier gagiste exercerait son droit ou que le vendeur revendiquerait, ne serait-il pas identiquement le même à celui que le débiteur a donné en gage ou a acheté? La mutation plus ou moins étendue des éléments du fonds de commerce ne saurait avoir de l'importance, tant que l'identité de l'ensemble est sauvegardée. C'est sur cette idée que semblent se fonder certains arrêts³.

Mais les auteurs ne se contentent généralement pas de cette idée trop simple. Ils reconnaissent en cela le carac-

1. Rouen, 18 mai 1868, S. 69.2.18; Riom, 2 mars 1879, D. 80.2.4; Trib. com. Nice, 10 mai 1899 et Trib. com. Saint-Etienne, 29 mars 1899, *Ann. dr. com.*, 1899, p. 361 et s.; Grenoble, 14 novembre 1900 et Dijon, 17 mai 1901, D. 01.2.470; Trib. com. Rouen, 9 août 1905, confirmé par Rouen, 2 janvier 1906, D. 07.2.105; Civ., 31 octobre 1906, D. 06.1.528, S. 07.1.24 (V. sur la même espèce, Aix, 27 avril 1903, S. 05.2.289, 2^e esp.).

2. Cf. Trib. com. Seine, 8 août 1913, *Gaz. Pal.*, 14.1.175.

3. Trib. com. Saint-Etienne, 29 mars 1899, Trib. com. Nice, 10 mai 1899, Riom, 2 mars 1879 et Civ., 31 octobre 1906, précités.

tière purement abstrait de la théorie du fonds de commerce, bien unique. Il ne faudrait donc pas la prendre à la lettre. Les explications proposées sont les suivantes :

1^o Les éléments nouveaux remplacent les anciens par le mécanisme de la *subrogation réelle*.

Il nous faut ici ouvrir une parenthèse. La notion de subrogation réelle évoque le fameux brocard : *In judiciis universalibus pretium succedit loco rei et res loco pretii*. On pourrait croire que la subrogation réelle résulte du caractère d'universalité reconnu au fonds de commerce, notamment d'universalité de droit ou universalité juridique. Il n'en est rien. Tout d'abord la faculté de donner lieu à subrogation réelle est reconnue aussi bien aux universalités de droit qu'aux universalités de fait¹. Puis, les auteurs récents nous disent que « la subrogation réelle ne doit rien à la notion d'universalité² ». Le brocard ci-dessus doit être rétabli comme suit : *In judiciis universalibus vel singularibus pretium succedit loco rei*³. Enfin, les arrêts précités parlent bien d'universalité juridique ou d'universalité tout court, mais ce n'est pas pour justifier la solution par l'application de la subrogation réelle, mais pour en déduire le caractère de bien unique du fonds de commerce. Par conséquent, il ne semble y avoir aucun lien entre la subrogation réelle et le caractère d'universalité reconnu au fonds de commerce.

Ceci dit, en supposant que la subrogation réelle soit admissible dans notre hypothèse, elle a le grand défaut de ne pas rendre suffisamment compte de l'opération. Voici à ce propos, l'opinion de M. Demogue⁴ : « Sans doute, il est bien vrai que les marchandises nouvelles sont affectées à la sûreté des créanciers, mais elles le sont, sans qu'on s'en occupe de savoir s'il n'en est entré pour une somme plus considérable qu'il n'en est sorti. Si l'on a vendu pour 1.000 francs pendant la durée du nantissement, et que,

1. Nous avons vu que la seule différence qui soit sûrement établie entre les deux sortes d'universalités est la présence ou l'absence de passif propre.

2. DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, *Rev. crit.*, 1901, p. 245.

3. CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, *Rev. Trim.*, 1919, p. 415.

4. *Op. cit.*, p. 365.

pendant la même période, le commerçant a fait entrer dans ses magasins pour 2.000 francs et plus, la totalité de ces marchandises n'en est pas moins grevée du privilège du créancier gagiste. Ce phénomène, inexplicable par la seule idée de subrogation, ne l'est que par une volonté tacite des parties qui ont convenu de soustraire au droit de gage toutes les marchandises vendues, mais d'autre part, d'affecter à la sûreté du créancier, tous les nouveaux achats du commerçant ».

2° Les éléments se remplacent par l'idée de *fongibilité*¹. On sait que « les choses *fongibles* sont celles qui, d'après l'intention des parties, peuvent être exactement et identiquement remplacées par d'autres semblables² ». Les éléments nouveaux remplaceraient les anciens parce qu'ils seraient fongibles dans l'intention des parties³.

Nous croyons que c'est exagérer la portée de la notion de fongibilité. On parle de fongibilité alors qu'une chose est remplacée par une autre d'égale qualité et quantité : un livre est remplacé par un autre livre, de la même édition, un sac de blé par un autre sac de blé. C'est ainsi qu'on a pu dire du warrant portant sur une quantité de

1. On n'a pas toujours assez nettement distingué la subrogation réelle de la fongibilité. Un arrêt bien connu de la Chambre des requêtes (10 mars 1915, S. 16.1.5, note LYON-CAEN, D. 16.1.241, note SARRUT, Liquidation judiciaire Arrighi de Casanova contre Banque de France), les confond. Il s'y agissait de marchandises warrantées, aliénées au fur et à mesure de leur vieillissement et remplacées par d'autres de même nature et en égale quantité, conformément, d'ailleurs, à la convention. La Cour de cassation décida que « lorsque, par l'effet de cette clause, emportant respectivement aliénation et acquisition les marchandises sortent du gage, elles y sont, en vertu d'une subrogation réelle, qui trouve son fondement dans leur fongibilité, remplacées par des marchandises acquises qui rentrent, et restent, comme celles auxquelles elles sont substituées, dans la possession du créancier ». M. LYON-CAEN et M. SARRUT, dans les notes précitées, sont d'accord pour relever la confusion commise; il n'y a pas là, en vérité, subrogation réelle, parce que celle-ci suppose que des choses de nature différentes sont substituées l'une à l'autre. *Adde* PLANIOL et RIPERT, t. XII, par BECQUÉ, n° 89 et WAHL, *Précis*, n° 1374, p. 470. Il faut mentionner que M. CAPITANT (*op. cit.*, p. 414, texte et note 2) voit dans cet arrêt une application de la subrogation réelle conventionnelle.

2. BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Des biens*, 3^e éd., n° 17-18; AUBRY et RAU, t. II, § 166.

3. V. la défense de cette théorie, GARY, p. 73 et 306; elle se rattache à l'idée que la caractéristique de toutes les universalités serait la fongibilité de leurs éléments. *Cpr.* JAUFFRET, « Des garanties du vendeur non payé d'un fonds de commerce », *Rev. crit.*, 1929, p. 170. Dans le même sens, ESCARRA, n° 472, 3^o, p. 495 et n° 504, p. 551.

blé que « le créancier gagiste conserve son privilège, comme n'ayant point cessé d'avoir la possession, quand même ces choses remises au créancier gagiste ne sont plus individuellement, lors de la réalisation du gage en la possession du créancier, qui, à ce moment, possède des choses de pareille espèce en égale quantité. Ce qui a été constitué en gage, c'est une certaine quantité de choses d'une certaine espèce »¹. En élargissant notablement la notion de fongibilité, on peut même dire qu'elle s'applique toutes les fois qu'une chose « s'efface devant sa valeur abstraite »². Or, dans le cas du fonds de commerce, les éléments nouveaux ne sont pas forcément de quantité et qualité correspondantes, ni, par hypothèse, de valeur forcément égale aux éléments sortants. Ce n'est pas seulement la plus-value ou la moins-value des mêmes éléments qui provoquent ces variations de valeur; le nombre même des éléments est essentiellement variable. En conclusion, l'idée de fongibilité est tout aussi impuissante que la subrogation réelle d'expliquer la question qui nous intéresse.

3^o Il y a néanmoins quelque chose à retenir de l'idée de fongibilité (aussi de la subrogation réelle, si on la considère comme une subrogation réelle conventionnelle), c'est que le changement s'opère essentiellement par la volonté des parties, comme s'exprime M. Demogue dans le passage précité. Analysons plus en détail comment opère ici la volonté des parties.

Il n'y a pas à proprement parler remplacement des anciens objets par les nouveaux; il n'y a pas nécessairement corrélation entre eux, du moment que le créancier nanti profite de l'augmentation de l'actif et subit la conséquence de sa diminution (il n'en serait autrement qu'au cas de fraude de la part du débiteur). L'article 2074, premier alinéa, tend à empêcher qu'un gage soit remplacé par un autre, alors surtout que l'objet nouveau dépasse en valeur le précédent. Par conséquent, la volonté des parties opère dans le sens que les éléments sortants sont libérés du gage

1. LYON-CAEN, note précitée.

2. DE LA GRASSERIE, « De la fongibilité juridique », *Rev. gén. de droit*, 1911, p. 133 et s.

et les éléments nouvellement acquis sont soumis à un gage nouveau¹ :

C'est là la seule voie libre à la volonté des parties.

On pourrait objecter que ceci constitue un gage de choses futures, qui est nul². Nous opposerons avec M. Wahl³ les répliques suivantes :

a) Les contrats ayant pour objet des choses futures sont en principe valables (art. 1130 G. civ.), à l'exception notamment des pactes sur successions futures (même art.), des donations de biens à venir (art. 943) et de l'hypothèque des biens à venir qui n'est possible que sous certaines conditions (art. 2129 et 2130).

b) Il est vrai que le gage est un contrat réel. Mais la mise en possession n'est peut-être nécessaire que comme mesure de publicité pour rendre le gage opposable aux tiers. Entre les parties le gage semble valable sans ou avant la mise en possession.

c) On décide en général que du caractère de contrat réel du gage, il dérive qu'il n'est valable, même entre les parties, sans la mise en possession. Il est néanmoins incontestable qu'il est valable entre les parties, au moins comme une *promesse de gage*⁴.

Pour nous conformer à l'opinion dominante, admettons qu'il y ait promesse de gage qui se réalise au fur et à mesure que les éléments entrent dans le fonds de commerce.

1. Une expression heureuse a été trouvée par le Trib. com. Rouen, 9 août 1905, confirmé par Rouen, 2 janvier 1906, D. 07.2.105, qui caractérise fort bien la situation : « ... le nantissement d'un fonds de commerce... porte... sur une *universalité future* représentant le fonds et les marchandises qui existent lors de la réalisation du gage donné... ».

2. Pour la nullité du gage sur choses futures, v. Bourges, 29 avril 1901, S. 02.2.273, note contraire WAHL; BAUDRY-LACANTINIERE et DE LOYNES, *Du nantissement*, etc., 3^e éd., t. I, n° 36 et 68; PONT, *Des petits contrats*, t. II, n° 1080; LAURENT, t. XXVIII, 5^e éd., n° 479; GUILLOUARD, *Traité du nantissement*, etc., 2^e éd., n° 58 et 88; JOSSEMERAND, t. II, n° 1517; AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VI, § 432, texte et note 1 *septies*; PLANIOL et RIPERT, t. XII, par BECQUÉ, n° 90.

3. Note précitée.

4. PONT, *op. cit.*, n° 1064; LAURENT, *op. et loc. cit.*; GUILLOUARD, *loc. cit.*; JOSSEMERAND, *loc. cit.*; HARDEL, *De la notion de dessaisissement en matière de gage*, thèse Paris, 1932, notamment p. 60 et la bibliographie. Cpr. VIGIÉ, *Cours élémentaire de droit civil français*, 3^e éd., t. II, n° 2349, p. 1127 et n° 2212, p. 1058; cet auteur nie l'existence de contrats réels en droit français.

Notons en passant qu'il n'y a pas là une condition purement potestative au sens de l'article 1174 du Code civil : la réalisation de la promesse résulte automatiquement de l'affectation à l'entreprise des objets nouveaux.

Une conséquence importante résulte de ce système : les nouveaux objets sont soumis au droit du créancier gagiste au moment seulement où ils entrent dans le fonds de commerce. Ceci a de l'importance si le débiteur tombe en faillite dans l'intervalle, puisqu'il ne peut y avoir de remise de gage opposable aux créanciers après cet événement. Il en serait autrement dans les autres systèmes d'explication¹.

De cette manière s'explique le fait que le droit du créancier nanti porte sur les éléments existant au moment de la réalisation du gage, sans faire appel à l'idée que le fonds est un bien unique².

§ 4. *L'usufruit d'un fonds de commerce.*

Il y a longtemps que la question de l'usufruit d'un fonds de commerce se pose devant les tribunaux. Le problème n'est donc pas seulement théorique. Les applications pratiques sont d'ailleurs destinées à devenir plus fréquentes avec la multiplication des usufruits légaux. On aperçoit facilement que ce ne sont pas les cas d'usufruits conventionnels de fonds de commerce qui sont les plus fréquents. En effet, si on a souvent critiqué l'institution de l'usufruit à cause de ses inconvénients économiques, ces derniers ressortent tout particulièrement quand il s'agit de l'usufruit d'un fonds de commerce. L'entreprise suppose un chef qui ait un intérêt direct à la faire prospérer et qui ait en échange la main absolument libre de l'exploiter comme il l'entend, afin de pouvoir l'adapter aux nécessités de l'heure. L'intérêt de l'usufruitier à la prospérité de l'entreprise est limité aux bénéfices qu'il en tire pendant la durée

1. Cf. WAHL, *Précis*, n° 1374, p. 470; *cpr.* PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, n° 89.

2. V. la solution, rapprochée de la nôtre, que donne FERRARA, p. 803, relativement au gage d'une universalité de fait.

de son droit. Son champ d'activité est limité par l'obligation de conserver la substance de la chose, ce qui peut, d'ailleurs, s'entendre de diverses manières. L'usufruit d'un fonds de commerce serait une source de nombreux procès entre le nu propriétaire et l'usufruitier; mais l'usufruit conventionnel est tout à fait rare; dans le cas d'usufruit légal, l'usufruitier étant un proche parent du nu propriétaire, il a un intérêt plus direct à conserver la valeur du fonds de commerce.

Si l'usufruit est destiné à durer des dizaines d'années, la situation serait étrangement simplifiée si on laissait à l'usufruitier la gestion à ses risques et périls, à charge uniquement de restituer la valeur du fonds de commerce au moment de l'entrée en jouissance. C'est à cause de cela que les tribunaux ont parfois tendance de prêter trop facilement aux parties l'intention de conférer à l'usufruitier le droit de disposer du fonds dans son ensemble; cette jurisprudence est peut-être prétorienne parce qu'elle fait abstraction de la nature de l'objet de l'usufruit, mais elle se justifie par des nécessités d'ordre pratique¹.

On aperçoit que l'usufruit d'un fonds de commerce est une source de nombreuses difficultés théoriques et pratiques. Nous regrettons de ne pouvoir les aborder toutes dans ce modeste ouvrage. Nous nous bornerons à esquisser les principes généraux et à discuter plus spécialement le fondement et les limites du droit de l'usufruitier d'aliéner les marchandises dans les divers systèmes proposés².

I. Systèmes qui envisagent le fonds de commerce comme un objet unique et soumis comme tel à l'usufruit.

1° Au début du XIX^e siècle, la notion de fonds de commerce se confondait avec celle de stock de marchandises. Le fonds de commerce pouvait, de ce fait, être considéré

1. V. Req., 13 décembre 1842, S. 43.1.22, *Dall. Rép.*, V° « Usufruit » n° 208, 2 (Jean contre Jean). *Cpr.* DALALANDE, p. 335.

2. L'usufruit d'un fonds de commerce a fait l'objet d'une excellente étude d'ensemble par M. DELALANDE, dans l'ouvrage que nous avons déjà souvent cité. Mais il faut remarquer que son point de départ est l'idée que le fonds de commerce doit être traité, à l'égard de l'usufruit, comme un objet unique (V. p. 182 et 183), sur quoi nous ne sommes pas d'accord.

comme un tout unique, sans faire appel à des justifications abstraites. On appliquait aux fonds de commerce les mêmes règles qu'aux stocks de marchandises, parce que, tout simplement, on les confondait. Les marchandises étaient des choses *fongibles*, du moment qu'elles étaient destinées à être vendues; le fonds de commerce était donc également considéré comme une chose fongible.

On sait que le caractère fongible d'une chose est conféré par la volonté des parties. La fongibilité résulte implicitement lorsque la chose se consomme par le premier usage ou est, par sa nature, destinée à être vendue. Il est par conséquent juste que les arrêts ci-dessous qui tranchent la question de savoir s'il y a usufruit véritable ou quasi-usufruit, tiennent compte, non seulement du caractère naturellement fongible ou non fongible du fonds de commerce, mais aussi de la volonté des parties.

Du caractère fongible il résultait que le fonds de commerce était soumis à un *quasi-usufruit* tel que le prévoit l'art. 587 C. civ. Il est à remarquer que la jurisprudence ne se laissait pas prendre par l'argument spécieux que l'ensemble serait autre chose que les éléments. Un arrêt¹ décide textuellement que le fonds de commerce est fongible dans ses parties et dans son ensemble. Nous croyons qu'il serait faux de dire qu'une universalité, composée uniquement de choses fongibles, serait elle-même un corps certain, de même qu'une universalité composée uniquement de choses corporelles n'est pas elle-même une chose incorporelle.

Un certain nombre d'arrêts ont été rendus en ce sens, confirmés par l'opinion des auteurs de ce temps². Du quasi-usufruit ont été déduites notamment les conséquences suivantes :

a) L'usufruitier, en devenant propriétaire de marchandises, peut les aliéner librement et en son propre nom. Le nu propriétaire ne peut protester même contre un acte de

1. Rouen, 5 juillet 1824, S. 25.2.132 et S. chron.

2. ZACHARIÆ, *Cours de droit civil français*, § 225, texte et note 2; PROUDHON, *Usufruit*, t. III, n° 1010 et s.

disposition sur le stock tout entier, tel que son apport en société¹.

b) Le nu propriétaire n'a qu'un droit de créance contre l'usufruitier. Si celui-ci tombe en faillite, le nu propriétaire ne peut revendiquer l'objet du quasi-usufruit². Une conséquence rapprochée de celle-ci est que le nu propriétaire ne peut demander le séquestre judiciaire de l'article 1961 du Code civil³.

c) L'usufruitier est libéré à la fin de l'usufruit en payant la valeur estimative que le fonds avait à l'ouverture de son droit⁴.

2° Peu à peu se dégagea la notion moderne de fonds de commerce qui comprend à côté des marchandises, aussi le matériel et mobilier et surtout les valeurs incorporelles. Parallèlement, on bâtissait la théorie du fonds de commerce tout unique, devant obéir à des règles propres. Les procès relatifs à l'usufruit demeuraient assez rares; c'est pourquoi, semble-t-il, n'est-ce pas à ce propos qu'on construisit cette théorie. C'est notamment relativement à la question de l'attribution de compétence pour les ventes publiques de fonds de commerce qu'on décida de soumettre le dernier à une vente unique, en vertu de la règle *accessorium sequitur principale*. Nous verrons que, pour appliquer cette règle, point n'est besoin de considérer le fonds de commerce à proprement parler comme un bien unique. Mais on sait que, vers la fin du siècle, l'idée que le fonds de commerce forme un tout, prit un sens plus précis, du moins d'après l'opinion

1. Civ., 9 messidor an XI, *Dall. Jur. Gén.*, V° « Usufruit », n° 206, *S. chron.* et *S.* 1804.1.29. Il est à remarquer que la Cour de cassation se base, dans cet arrêt, peut-être moins sur le caractère naturellement fongible (consomptible) du fonds de commerce, que sur la volonté implicite du testateur qui, en en léguant l'usufruit à sa femme, a entendu lui laisser la libre disposition de tout ce qui en faisait partie.

2. Rouen, 5 juillet 1824, précité. Mais il peut en être autrement au cas de volonté contraire des parties : V. Req., 10 avril 1814, *S.* 14.1.238.

3. Toulouse, 18 décembre 1832, *S.* 33.2.209. A l'argument que le fonds de commerce est naturellement fongible, l'arrêt ajoute la remarque que l'usufruitier a exercé le commerce en son propre nom.

4. Paris, 27 mars 1841, *S.* 41.2.529 (Jean contre Jean); cet arrêt a été confirmé par la Cour de cassation, Req., 13 décembre 1842, *S.* 43.1.22, mais celle-ci se basa uniquement sur la volonté des parties, non sur le caractère consomptible du fonds de commerce.

dominante : le fonds de commerce serait un bien unique, meuble corporel, qui pourrait être donné en gage suivant les règles propres aux meubles incorporels.

La même idée fut appliquée à l'usufruit du fonds de commerce. Bien qu'on reconnaisse que le fonds de commerce était un ensemble complexe, on lui appliquait des règles uniques, en le considérant soumis à l'usufruit comme un objet unique. Ceci n'est pas indifférent parce que le fonds de commerce est composé désormais de choses consommables et de corps certains. Il s'agit alors de savoir si le fonds de commerce, dans son ensemble, est un corps certain ou une chose fongible. Il se produisit un phénomène analogue à la question de savoir si le fonds était un bien incorporel ou corporel : soit en attribuant une importance prépondérante aux éléments autres que les marchandises, soit en considérant l'ensemble comme un être de raison distinct de ses éléments, on décida que le fonds de commerce est une chose non fongible de même qu'on lui avait attribué le caractère incorporel.

Le revirement dans la jurisprudence semble s'être produit avec l'arrêt de la Cour de cassation de 1842 précité (Jean contre Jean). Il s'agissait de l'usufruit d'un fonds de marchand de gravures (choses fongibles) et de planches de gravures (choses non fongibles). Quelle était l'obligation de l'usufruitier à la fin de l'usufruit ? La Cour de Paris¹ appliqua à l'ensemble du fonds de commerce une règle unique et décida que le dernier était une chose fongible. L'usufruitier ne pouvait par conséquent se libérer en rendant les planches de gravures et des gravures en valeur à peu près égale que les gravures avaient initialement. L'usufruitier, mécontent de devoir payer la valeur initiale du fonds de commerce, recourut en Cassation. Le pourvoi était fondé de la manière suivante : l'indivisibilité créée par la Cour de Paris entre les gravures et les planches des gravures n'est pas justifié ; pour les premières, l'usufruitier peut se libérer de l'une des manières indiquées dans l'article 587 C. civ. ; l'usufruitier rend les secondes telles

1. 23 mars 1841, précité.

qu'elles se trouvent, d'autant plus qu'elles ont été entretenues et renouvelées; les parties n'ont pas eu l'intention d'attribuer le fonds de commerce en propriété à l'usufruitier à charge de rendre la valeur. Enfin, le pourvoir ajoute qu'un fonds de commerce est un corps universel (*universum jus*) qui ne périt jamais, quoique les ustensiles qui y sont employés puissent s'user à la longue, et quoique les marchandises et effets qui le composent se renouvellent par suite de l'exploitation normale du fonds de commerce¹. La Cour de Cassation reconnut le bien-fondé de ce dernier argument et posa ainsi, théoriquement du moins, pour la première fois, le principe que des règles spéciales s'appliquent au fonds de commerce alors qu'il est considéré dans son ensemble comme un objet de droits réels. Néanmoins, la Cour suprême confirma l'arrêt de la Cour de Paris parce que « dans l'espèce de la cause, la Cour Royale a déclaré en fait que l'usufruitière, en prenant possession du fonds de commerce, d'après une valeur fixée, l'avait accepté à ses risques et périls, et avait eu la libre disposition de ses produits ».

Un arrêt de la Cour d'Aix du 12 mars 1878² fit application de l'idée que le fonds de commerce est soumis à un usufruit véritable. Mais l'espèce n'est pas absolument concluante. L'arrêt qualifie d'abord le fonds de commerce d'universalité juridique, mais c'est simplement pour dire qu'il n'est pas composé seulement de marchandises mais encore de l'achalandage et de la valeur d'exploitation; l'usufruitier doit, par suite, tenir compte au nu propriétaire de tous ces éléments (la solution ne peut faire de doute, en vérité). Ensuite l'arrêt nous dit que l'usufruitier qui ne peut ou ne veut continuer l'exploitation, doit appeler au nu propriétaire avant de procéder à la vente du fonds tout entier. La solution est également incontestable. Enfin la Cour d'Aix ajoute que la vente faite par l'usufruitier seul, peut être déclarée valable alors que le prix est en rapport avec la valeur du fonds de commerce, mais que

1. *Cpr.* AUBRY et RAU, 5^e éd., t. II, § 236, p. 740, texte et note 6.

2. Aix, 12 mars 1878, S. 78.2.265.

l'usufruitier qui embourse le prix est coupable d'abus de jouissance et peut être déchu de l'usufruit ou subir au moins des mesures conservatoires. Tout cela peut se justifier autrement qu'en considérant le fonds de commerce comme une universalité juridique, bien unique et corps certain.

Enfin, il y a un arrêt de la Cour de cassation de 1894¹ qui en fait application en matière d'enregistrement. Cet arrêt dit que la mutation du fonds de commerce au profit de l'usufruitier donne, si elle est démontrée, lieu à l'exigibilité des droits de mutation (l'usufruitier avait fait apport du fonds en société). Il ressort implicitement de l'arrêt, que ces droits de mutation sont dus même pour les marchandises.

Comme on voit, les espèces de jurisprudence sont rares en notre matière et peu concluantes. Aussi, la théorie du fonds de commerce, corps certain, paraît-elle être plutôt une création de la doctrine, qui a voulu de cette manière donner une extension nouvelle à la théorie du fonds de commerce, meuble incorporel. L'opinion dominante à l'heure actuelle est en ce sens².

Cette théorie lutte avec une grosse difficulté. L'usufruitier ne pouvant vendre le fonds de commerce sans le consentement exprès du propriétaire, doit l'exploiter lui-même à moins de le donner à bail. Lorsqu'il exploite lui-même, la question se pose de savoir comment concilier l'idée qu'il n'est pas maître du fonds avec la faculté, l'obligation même, qu'il a d'aliéner les marchandises? A quel titre peut-il les aliéner? Son pouvoir est-il limité?

Les auteurs donnent une explication qui, dès le premier abord, paraît être artificielle. *L'usufruitier serait dans la situation d'un administrateur*. On le compare même au mari administrateur et usufruitier des biens de la femme,

1. Civ., 26 février 1894, S. 95.1.102. V. aussi Trib. civ. Saint-Etienne, 8 mars 1892 sous cet arrêt.

2. AUBRY et RAU, *op. et loc. cit.* (V. toutefois *ibidem* note 9); HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. IV, n° 183; LAURENT, t. VI, n° 417-423; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, 10^e éd., t. I, n° 1552, p. 875-876; COLIN et CAPITANT, 5^e éd., t. I, p. 797-799; DELALANDE, notamment p. 181 et s.

autorisé à ce titre de vendre les meubles propres quand ils sont destinés à être vendus¹.

M. Delalande² remarque fort justement que ce système paraît supposer un mandat tacite pour vendre les marchandises. Outre qu'un pareil mandat donnant le pouvoir d'aliéner ne saurait être qu'exprès, si l'on envisage la vente des marchandises comme un acte de disposition, il établit entre l'usufruitier et le nu propriétaire un lien juridique que rien ne permet de supposer, particulièrement lorsque l'usufruit résulte d'une disposition législative. Que propose M. Delalande en échange pour sauver le système du fonds de commerce, bien unique ? Il dit que l'usufruitier vend les marchandises en vertu de son droit, qui lui donne pouvoir de jouir du fonds comme le propriétaire lui-même ; l'aliénation est le mode normal de jouissance de ce dernier, par conséquent aussi du premier. Nous croyons que cela revient à reconnaître tout simplement que l'usufruitier du fonds de commerce jouit des marchandises de la manière prévue par l'article 587, c'est-à-dire qu'il y a quasi-usufruit, du moins en ce qui concerne les marchandises. L'idée que les marchandises ne cessent à aucun moment d'appartenir au nu propriétaire, est incompatible avec le droit reconnu à l'usufruitier de les vendre en vertu d'un pouvoir propre.

Quoi qu'il en soit, dans ce système, il faut, ce à quoi on n'a pas toujours pensé, analyser le bénéfice pour faire le départ de ce qui revient à l'usufruitier, d'abord comme fruits de la chose, puis comme salaire à titre de gérant. La théorie économique de la répartition (rente, intérêt, salaire, profit) ne sera ici que d'un médiocre secours³.

Une autre difficulté théorique résulte des limites qu'on est obligé d'imposer au pouvoir d'administration de l'usufruitier. On dit généralement que celui-ci est obligé d'*entretenir le stock* ainsi que l'aurait fait le propriétaire. Bien sûr, l'usufruitier est obligé de continuer l'exploitation et par là, d'avoir un stock de marchandises, mais de cette vague

1. HUC, *loc. cit.* ; LAURENT, n° 422 ; *contra* WAHL, note précitée.

2. P. 218 et les renvois.

3. V. un essai d'analyse du bénéfice faite en ce sens par M. DELALANDE, *op. cit.*, p. 194 et s.

obligation d'entretenir le stock, on a voulu tirer des conséquences précises :

On a parfois voulu entendre, sous l'obligation de conserver le stock, que l'usufruitier est obligé de rendre un stock exactement de la même valeur que le stock initial, ou qu'on doit tenir compte de son augmentation ou diminution. C'est ce que semble vouloir dire par exemple Aubry et Rau¹. Ce serait alors, à notre sens, revenir indirectement au quasi-usufruit portant sur les marchandises; nous n'y voyons pas d'inconvénient, mais il faut remarquer que cette solution constitue une grave inconséquence à la théorie qui voit dans le fonds de commerce un bien unique, dont la valeur s'apprécie uniquement dans son ensemble. D'autre part, pourquoi ne pas reconnaître dès lors franchement, que l'usufruitier devient propriétaire, non de tout le fonds de commerce, mais des marchandises, à charge de rendre la valeur?

Aussi, d'autres auteurs, plus fidèles à la théorie du fonds de commerce, bien unique, décident-ils que le stock peut varier dans les limites de ce qu'ils appellent le *stock normal*. L'usufruitier est obligé de rendre un stock normal. Aucune indemnité n'est due à l'usufruitier si ce stock a augmenté, de même qu'il n'est pas responsable de sa diminution, à condition que le stock rendu soit conforme au stock que le fonds de commerce doit normalement comprendre d'après les circonstances². On ajoute qu'il faudra tenir compte des variations saisonnières du stock dans certaines exploitations. Ainsi l'usufruitier dont le droit s'est ouvert en pleine activité, sera quitte en rendant, en saison morte, un stock moindre et inversement.

Cette solution est conforme à la théorie du fonds de commerce bien unique. Mais le règlement des comptes entre l'usufruitier et le propriétaire devient singulièrement compliqué. Sous peine de tomber dans l'arbitraire, il doit y avoir une compensation d'un autre côté au fait que l'obligation de restitution de l'usufruitier est tellement

1. *Op. et loc. cit.*, texte et note 9; V. aussi Huc, *loc. cit.*

2. BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVÉAU, *Des biens*, 3^e éd., n° 533 et surtout DELALANDE, p. 219-221 et p. 298.

élastique. En refusant de comparer la valeur du stock rendu à celle du stock reçu, il faudra trouver un autre critérium, à savoir l'analyse du bénéfice.

II. *Système qui applique à chaque catégorie de biens composant le fonds de commerce les règles qui lui sont propres*¹.

Une application éclatante de l'idée que le fonds de commerce n'est pas un bien unique, mais un ensemble dont les éléments obéissent à des règles propres, alors qu'ils sont envisagés comme des objets de droits, peut être faite à l'usufruit du fonds de commerce.

C'est en réalité mal poser la question en se demandant si le fonds de commerce est l'objet d'un usufruit ou d'un quasi-usufruit, le fonds de commerce, comme tel, n'étant susceptible d'aucun droit réel. Laurent² a reconnu d'ailleurs que le fonds de commerce ne consiste ni en choses consommables, ni en choses non consommables, qu'il ne tombe, par conséquent, sous l'application exclusive, ni de l'article 587, ni de l'article 589. Mais nous ne sommes pas d'accord lorsqu'il ajoute que ce serait un des cas non prévus par le Code, qu'il faille donc procéder par voie d'analogie. Ce serait, à notre sens, créer un bien d'une catégorie nouvelle et le soumettre d'une manière *sui generis* à l'usufruit. Cette fiction n'est pas seulement arbitraire mais aussi inutile. Le fonds de commerce est composé d'éléments fongibles et d'éléments non fongibles. En appliquant les règles respectives à ces deux catégories, l'usu-

1. WAHL, *Précis*, n° 222, p. 86 et note sous Civ., 26 février 1894, S. 95.1.102; CROUZET, *La situation d'un fonds de commerce échu à un mineur*, thèse Paris, 1906, p. 94 et s. et p. 143-144; MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 2^e éd., Paris, 1861, t. II, n° 1410 et s., p. 549 et s.; RUBEN DE COUDER, *Dictionnaire de droit commercial*, Paris, 1879, t. IV, V° « Fonds de commerce », n° 18 et s.; note anonyme sous Paris, 27 mars 1841, S. 41.2.529.

Adde DEMOLOMBE, t. X, n° 307-309, p. 256-260; MARCADÉ, t. II, 8^e éd., n° 467-468, p. 466-467; MOURLON, *Répétitions écrites sur le premier examen de Code Napoléon*, 13^e éd., t. I, n° 1553, p. 816-817; DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, t. II, 3^e éd., n° 426 bis, p. 473; THALLER, *Si les bénéfices du commerce sont ou ne sont pas des fruits*, *Ann. dr. com.*, 1896, n° 14, p. 203; PLANIOL, t. I, n° 2808, p. 875; comparer avec l'usufruit d'une universalité de fait selon FERRARA, p. 803.

2. *Op. cit.*, n° 418 *in fine*.

fruit du fonds de commerce ne donne pas lieu à l'application de règles spéciales.

Les éléments non fongibles du fonds de commerce font l'objet d'un usufruit véritable, c'est-à-dire que l'usufruitier n'en devient pas propriétaire. Il peut en jouir, doit en conserver la substance (article 578) et les restitue telles qu'ils se trouvent lors de la fin de l'usufruit, sans qu'il y ait lieu en principe à en apprécier la valeur.

Par contre, les éléments fongibles deviennent la propriété de l'usufruitier, à charge d'en rendre la valeur ou des choses en quantité et qualité pareilles. Sont fongibles : 1^o les marchandises, étant donné qu'elles sont destinées à être vendues ; 2^o cette partie du matériel qui se consomme par le premier usage : charbon à brûler dans les chaudières, huile pour les machines, etc.

Il est vrai qu'*économiquement*, l'usufruit d'un fonds de commerce a pour objet une entité unique : l'entreprise. Il suit de là que l'usufruitier n'est pas libre de l'aliéner ; à moins de la louer, il est obligé de l'exploiter lui-même. A cet effet, il peut, il doit même vendre les marchandises. Les marchandises nouvelles sont achetées par lui, moins pour son propre compte que pour le fonds de commerce auquel elles sont affectées. L'usufruitier est tenu de veiller à la conservation de la valeur du fonds de commerce, non seulement à sa valeur statique (celle de ses éléments) mais aussi à sa valeur dynamique, potentielle. Bien entendu, cette dernière étant sujette à des fluctuations devant lesquelles le commerçant reste souvent impuissant, on ne pourra imputer à l'usufruitier la diminution de la valeur d'ensemble de l'entreprise qu'à condition de prouver sa faute ou son dol. L'usufruitier doit avoir en compensation un large pouvoir d'exploiter le fonds de commerce tel qu'il l'entend.

On peut craindre au premier abord que ces données économiques soient difficilement conciliables avec la donnée juridique qui scinde l'usufruit sur un fonds de commerce en un usufruit véritable des choses non consommables et un quasi-usufruit des choses consommables. En réalité, cela

se concilie fort bien, mieux même qu'avec le système qui voit dans le fonds de commerce un bien unique.

L'usufruitier, en devenant propriétaire des marchandises, peut les vendre à sa guise (ou ne pas les vendre). S'il les vend, il le fait en qualité de propriétaire; point n'est besoin de recourir à des subtilités juridiques pour expliquer cette faculté qu'il a. Il peut les garder, mais une limite lui est imposée à cet égard : si cette abstention est fautive, le propriétaire pourra se plaindre que la valeur des éléments non fongibles s'en trouve anéantie ou fortement diminuée, que la substance de la chose est par conséquent atteinte. Il n'y a pas un usufruit unique portant sur l'ensemble du fonds de commerce, mais un lien de fait rattache le quasi-usufruit de certains éléments à l'usufruit des autres. Du mode de jouissance des uns résulte indirectement le mode de jouissance des autres. Ainsi s'explique l'obligation de l'usufruitier de vendre des marchandises et d'en acheter.

Les marchandises que l'usufruitier achète sont juridiquement siennes. Il est libre d'en acheter tant qu'il veut. Il n'est pas obligé de conserver un stock normal, c'est-à-dire semblable à celui qu'aurait entretenu le propriétaire. Une limite inférieure lui est fixée : ne pas déprécier, par un stock insuffisant, la valeur des éléments dont il n'est qu'usufruitier. Il résulte de cette liberté d'action que l'usufruitier peut exploiter le fonds d'une manière bien plus rationnelle. « Le stock normal » ne correspond pas à une réalité. Il est vrai qu'un petit débitant de boissons a une quantité de boissons à peu près constante dans son magasin. Mais la valeur d'un fonds de commerce de cette espèce est formée par des éléments autres que les marchandises. Si on s'élève vers des genres de commerce plus complexes, comme par exemple le commerce de tissus, nous constatons d'une part, que le stock prend une importance dominante, qu'il est soumis d'autre part à de grandes fluctuations saisonnières, cycliques, ou fortuites. Il serait absolument arbitraire de fixer le stock normal d'une manière absolue.

Le commerçant pourra donc augmenter le stock pour réaliser un chiffre d'affaires plus élevé, sans crainte de le voir attribuer, sans indemnité, au nu propriétaire. Ou bien,

si le chiffre d'affaires ne peut être augmenté, l'usufruitier, pourra diminuer le stock, s'il arrive à le faire « tourner » plus vite. On sait que la valeur potentielle, dynamique d'une entreprise, varie, pour un chiffre d'affaires donné, en raison inverse du stock moyen; si le stock diminue, l'entrepreneur a d'autant moins besoin de capital, tout en réalisant le même bénéfice. Le nu propriétaire n'aura donc qu'à se féliciter de la diminution du stock.

Le règlement des comptes entre l'usufruitier et le propriétaire se trouve grandement simplifié, à supposer que l'usufruitier a joui en bon père de famille. Pour les marchandises, l'usufruitier devra la valeur du stock qu'il a reçu; il en est de même pour la partie consommable du matériel.

La partie du matériel qui n'est pas consommable, mais qui se détériore peu à peu par l'usage, l'usufruitier s'en servira et la rendra en principe dans l'état où elle se trouve. Supposons qu'une machine à vapeur fasse partie de l'entreprise; l'usufruitier en a joui en bon père de famille; à la fin de l'usufruit, elle rend encore le même service. Bien qu'elle soit assez usée, que de ce fait, sa valeur soit fortement diminuée, aucune indemnité n'est due au propriétaire. Néanmoins, l'usufruitier serait en faute si, n'ayant pas entretenu et au besoin renouvelé le matériel, il aurait mal exploité l'entreprise et laissé périr sa valeur.

Le même principe s'applique *mutatis mutandis* aux monopoles d'exploitation¹.

Le matériel non consommable ainsi que les éléments incorporels du fonds de commerce sont donc rendus tels quels. Aucune indemnité n'est due de part et d'autre. En effet, toutes ces choses ont un caractère assez stable; elles sont, en général, identiquement les mêmes que celles de l'ouverture de l'usufruit. L'augmentation de valeur de ces choses ne constitue pas des fruits, même si elle est due en grande partie à la diligence de l'usufruitier; celui-ci n'a de ce fait, aucune indemnité à prétendre au propriétaire,

1. Cf. AUBRY et RAU, § 236 *in fine* (arg. art. 588 C. civ.); DELAUNDE, p. 234-236 et les renvois.

de même que l'augmentation de valeur d'un immeuble due à l'usufruitier, qui a exigé des loyers élevés des locataires, profite uniquement au propriétaire. Le droit de l'usufruitier est limité aux fruits par lui perçus pendant la durée de l'usufruit. Les fruits ressortent des bénéfices qu'il réalise à la vente des marchandises. Les marchandises sont l'objet du commerce, les autres éléments en sont des moyens. Une augmentation ou diminution des premiers regarde l'usufruitier, tandis que l'augmentation ou diminution de la valeur des derniers regarde le propriétaire. Une analyse de bénéfice devient inutile¹.

Il résulte de ce système que nous défendons, outre les conséquences que nous venons de voir, encore celles-ci :

— En cas de faillite de l'usufruitier, le nu propriétaire peut reprendre les éléments non fongibles. Les marchandises font partie de la masse. La protection de l'usufruitier est ainsi conciliée à la nécessité de ménager les créanciers qui ont fait crédit au commerçant sur le vu des marchandises garnissant son magasin.

— Lorsqu'un fonds de commerce comprenant des marchandises fait l'objet d'une mutation au profit de l'usufruitier, il y a lieu à l'exigibilité de droits de mutation, mais uniquement pour la partie non fongible du fonds de commerce².

1. On peut trouver un argument d'analogie dans la jurisprudence qui décide que la communauté réduite aux acquêts n'a aucun droit à la plus-value acquise pendant le mariage par le fonds de commerce ou office ministériel resté propre à l'un des époux : Req., 14 avril 1893, D. 93.1.351, S. 93.1.416; Req., 25 octobre 1909, D. 10.1.257, S. 11.1.364; Montpellier, 19 octobre 1926, *Gaz. Pal.*, 27.1.90 (*contra* DELALANDE, p. 310 et s.). L'arrêt de la Chambre des requêtes de 1909 ci-dessus fait une réserve en attribuant à la communauté la plus-value qui est due à l'accumulation des bénéfices dont celle-ci aurait dû profiter. MM. COLIN et CAPITANT font la très juste remarque (t. III, 5^e éd., p. 122) que la valeur du fonds de commerce ne peut être dédoublé de cette manière, que la propriété ne peut qu'en rester exclusivement à l'époux; seulement, la communauté aura droit à une récompense pour les économies faites sur les revenus.

Nous précisons, ce qui ressort d'ailleurs, de manière indirecte de l'arrêt en question, que l'époux ne profite que de la plus-value des éléments stables, ceux qui restent sa propriété; par contre, les marchandises, étant destinées à être vendues, sont des propres imparfaits, et ce caractère ne saurait changer du fait qu'elles font partie d'un fonds de commerce. L'époux propriétaire du fonds de commerce n'a qu'un droit de créance du montant de la valeur initiale du stock.

2. Cf. WAHL, note précitée.

Nous finissons ainsi cette section où nous avons analysé comment s'exercent les droits réels sur un fonds de commerce. Nous avons été confirmés dans notre théorie que le véritable support du droit réel est constitué par les éléments, non pas par l'ensemble.

La théorie du fonds de commerce bien unique méconnaît les distinctions légales des biens en meubles corporels et meubles incorporels, ainsi que celle en choses fongibles et choses non fongibles, en voulant appliquer à l'ensemble des règles uniques qui sont, en général, celles des meubles incorporels et corps certains. En réalité, on ne peut pratiquement appliquer aux meubles corporels les règles concernant les meubles incorporels, de même qu'on ne peut appliquer aux choses destinées à être vendues les règles concernant les corps certains. La nature juridique des choses est en principe indélébile. Même si théoriquement, il était admissible que le fonds de commerce soit un véritable bien, la nature juridique de chaque élément ressortirait à tout moment lorsqu'on envisagerait le fonds de commerce comme l'objet d'un droit réel.

Ceux qui soutiennent que le fonds de commerce est un objet unique, arrivent à tort ou à raison à passer sur les distinctions des biens ci-dessus. Mais, lorsqu'il s'agit d'en faire autant de la distinction des biens en meubles et immeubles, ils hésitent. En effet, cette distinction, bien que la plus vivement critiquée, est fondamentale et domine tout le droit des biens. Elle ne peut être aussi facilement escamotée que les précédentes. Certains arrêts l'ont pourtant méconnue et ont appliqué aux immeubles compris dans le fonds de commerce des règles propres aux meubles. Mais la majorité des défenseurs de la théorie du fonds de commerce bien unique, pour ne pas toucher à la distinction en meubles et immeubles, commettent un autre illogisme en excluant les immeubles du fonds de commerce. Or, étant donné que lorsqu'on envisage le fonds de commerce comme un objet de droits, d'après le système que nous défendons, c'est à la nature de chaque bien y compris qu'il faut s'attacher, on peut comprendre l'immeuble dans le

fonds de commerce, sans qu'il soit porté atteinte à la distinction des biens en meubles et immeubles.

L'affectation de certains biens à une entreprise qui donne lieu à la notion de *fonds de commerce*, n'est pas cependant sans entraîner des conséquences juridiques fort importantes, surtout depuis les lois récentes, sans que pour cela, le fonds de commerce soit véritablement un bien unique. Ce sont ces conséquences que nous allons passer en revue.

Section II. — Des cas où l'unité du fonds de commerce entraîne des conséquences juridiques.

Tous ces cas ont un trait commun : la règle unique qui s'applique au fonds de commerce n'est pas à proprement parler une règle concernant le mode d'exercice des droits réels. Le fonds de commerce reste soumis aux droits *in rem* essentiellement comme un ensemble de biens différents, non comme un objet unique.

§ 1. Dispositions légales s'appliquant uniquement au fonds de commerce.

A. La loi du 17 mars 1909.

Nous rappelons succinctement ses dispositions bien connues dont nous avons déjà parlé au cours de cet ouvrage :

1° Lorsqu'il y a vente d'un ensemble de biens constituant un fonds de commerce, il y a lieu à publicité (art. 3 de la loi de 1909, modifiée par les lois du 31 juillet 1913 et 22 mars 1924) destinée à avertir les créanciers du vendeur. La sanction de son inobservation est que l'acheteur peut être contraint de payer une seconde fois aux créanciers. Les créanciers ont le droit de faire opposition au paiement du prix et de former surenchère. L'apport en société d'un fonds de commerce est soumis à des règles parallèles à celles concernant la vente.

2° Le vendeur du fonds de commerce est protégé par un privilège et une action résolutoire. Ces garanties sont exorbitantes du droit commun par la manière dont elles s'exer-

cent. Elles sont soumises à des conditions de publicité spéciales.

3° Un ensemble de biens constituant un fonds de commerce peut être donné en gage d'une manière spéciale, où le dessaisissement effectif est remplacé par une inscription au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds de commerce est exploité.

4° La question s'est posée avant la loi de 1909 de savoir si un créancier (dans l'espèce un créancier chirographaire) pouvait exécuter sa créance en saisissant certains éléments seulement du fonds de commerce¹. Le tribunal de la Seine a jugé fort justement que « ... le fonds de commerce constitue seulement une universalité de fait, laquelle a pour base la commune intention des parties contractantes... Il est loisible aux parties d'admettre une convention contraire, et, lorsqu'un fonds de commerce est donné en nantissement, d'en exclure tel ou tel des éléments qui y sont habituellement compris, par exemple le matériel et les marchandises... si les éléments constitutifs du fonds de commerce ne sont pas indivisibles au regard du créancier qui se fait constituer un gage, il n'y a aucune raison de décider qu'ils le sont vis-à-vis des créanciers, qui, sans avoir de gage spécial, usent du droit que leur donne la loi, d'exercer des poursuites sur les biens faisant partie du patrimoine de leur débiteur... »

Pour parer aux inconvénients de ce système, la loi de 1909, sans imposer en tout état de cause la vente globale du fonds de commerce, a donné le moyen d'empêcher la dispersion des éléments. Suivant l'art. 15 alinéa 1^{er} le créancier poursuivant inscrit ou non, peut demander devant le tribunal de commerce la vente du fonds du saisi avec le matériel et les marchandises qui en dépendent. Le débiteur contre qui une saisie-exécution est poursuivie peut faire la même demande. Suivant l'article 20, il ne sera procédé à la vente séparée d'un ou plusieurs éléments d'un fonds grevé d'inscriptions qu'après une notification faite aux créanciers inscrits. Tout créancier inscrit, que sa

1. Tr. civ. Seine, 10 janv. 1906, *Pand. fr.*, 07.2.150.

créance soit ou non échue, peut demander la vente globale du fonds de commerce.

5° L'article 2, alinéa 3, impose au vendeur, en cas de résolution de la vente, de reprendre tous les éléments du fonds qui ont fait partie de la vente, même ceux pour lesquels son privilège et l'action résolutoire sont éteints. Nous avons vu plus haut comment il fallait interpréter cette disposition.

B. L'article 7 de la loi du 27 février 1912, portant fixation du budget, annule toute convention ayant pour but de dissimuler partie du prix d'une cession de fonds de commerce.

C. Le fonds de commerce est soumis à un régime fiscal spécial. Sous l'empire de la loi du 22 frimaire an VII, les éléments composant un fonds de commerce étaient soumis au droit commun. C'est la loi du 11 juin 1859 qui, dans son article 22, soumit la vente du fonds de commerce à un régime spécial. Aux termes de cet article, la vente de fonds de commerce faite par acte sous seings privés était enregistrée provisoirement au droit fixe, le droit proportionnel ne devenant exigible que lorsqu'un jugement intervenait ou qu'un acte était fait ou rédigé en conséquence du marché.

La loi du 28 février 1872 soumit le fonds de commerce à un régime similaire de celui des immeubles, en rendant les droits exigibles par le seul fait de la mutation. Le taux reste encore assez bas, puisqu'il est de 2% (taux en vigueur à ce moment pour la vente des biens meubles) pour les éléments du fonds de commerce autres que les marchandises neuves et de 0,50% pour celles-ci. Il faut remarquer que la loi fiscale reconnaît par cette disposition la distinction qui doit être faite entre les différents éléments du fonds de commerce. La distinction se maintient à l'heure actuelle.

De nos jours, le fonds de commerce est soumis à un régime fiscal sévère. Le tarif de base est de 8,50% pour les éléments incorporels et le matériel, de 5,50% sur le prix des marchandises neuves, de 13,50% sur les immeubles. A cela s'ajoutent des surtaxes, taxes de première mutation, etc. Ce tarif excessif est de nature à pousser les parties à

dissimuler de véritables ventes de fonds de commerce, sous différentes opérations.

Les opérations autres que la vente du fonds de commerce, à part quelques règles éparses spéciales, restent soumises au droit commun au point de vue fiscal.

§ 2. *La compétence pour la vente publique d'un fonds de commerce.*

Un conflit plus que séculaire met aux prises deux classes d'officiers ministériels, les notaires et les commissaires-priseurs, relativement à la compétence pour la vente publique des fonds de commerce. Il a donné lieu à un nombre invraisemblable de procès et il est à prévoir que la source ne tarira pas de si tôt, si les ententes telles que celle intervenue à Marseille le 7 juillet 1925 ne se généralisent pas. Nous ne prétendons pas le résoudre, en ajoutant au grand nombre d'arguments qui ont été invoqués de part et d'autre, quelque idée nouvelle. Il nous faut néanmoins prêter à ce conflit quelque attention parce qu'on a prétendu que la solution en dépendait de la nature juridique qu'on attribuerait au fonds de commerce.

Nous ne le croyons pas. Il y a là avant tout une question de procédure qui doit tenir compte de considérations multiples, parmi lesquelles la plus importante n'est pas la nature juridique du fonds de commerce. Inversement, du mode dont on résout le conflit de compétence, il ne résulte pas forcément un argument en faveur de l'une ou de l'autre conception qu'on a de la nature juridique du fonds de commerce. Le seul enseignement qu'on peut tirer du mode dont se résout le conflit dans tous les cas, sans exception, c'est que le fonds de commerce est vendu en bloc.

Voici très succinctement comment se pose le problème :

Les notaires sont seuls compétents pour la vente publique des meubles incorporels, en vertu de l'article premier de la loi du 25 ventôse an XI. Les commissaires-priseurs ont compétence exclusive pour la vente publique des meubles corporels en vertu des lois du 27 ventôse an IX et du 28

avril 1816. Pour apprécier qui est compétent pour la vente publique d'un fonds de commerce on peut se placer à deux points de vue : ou bien considérer le fonds de commerce comme un objet unique, en prenant alors en considération la nature corporelle ou incorporelle de cet objet, ou bien s'attacher uniquement à la nature juridique des éléments composant le fonds de commerce.

La grande majorité des arrêts se placent au point de vue des éléments et inflige par là un démenti indirect à la théorie du fonds de commerce bien unique. Mais ce point de vue ne mène nullement à une scission de la vente du fonds de commerce qui consisterait à attribuer la vente des éléments incorporels aux notaires, celle des éléments corporels aux commissaires priseurs. On a *toujours* reconnu que les éléments ne pouvaient être séparés. Ce n'est pas à dire que le fonds de commerce soit par sa nature un bien indivisible, car alors, la question de la possibilité d'une division ne se poserait même pas. Le fonds de commerce est un ensemble de biens attachés par un lien dérivant de leur affectation commune ; si ce lien est insuffisant pour donner à l'ensemble le caractère d'un bien unique, il est susceptible d'entraîner des conséquences juridiques parmi lesquelles celle de trancher la question de procédure dans le sens de la non-dispersion des éléments. C'est à notre sens la seule conséquence qu'on puisse tirer de la nature juridique du fonds de commerce¹.

La jurisprudence dominante attribue de ce fait la compétence, tantôt aux notaires, tantôt aux commissaires-priseurs suivant la prédominance des éléments incorporels ou corporels. Si les premiers dépassent en valeur les seconds, la compétence appartient aux notaires et inversement. Ce système s'appuie sur le principe d'après lequel *l'accessoire doit suivre le sort du principal*². D'après la

1. La loi de 1909 n'a pas eu l'intention de résoudre le conflit, c'est ce qui ressort de l'art. 15, al. 5, où il est dit que le tribunal de commerce commet pour la vente « l'officier public », sans préciser davantage. Mais il résulte de toute la procédure qu'elle organise pour la vente publique, notamment des articles 15, 18 et 20, qu'elle a voulu en tout cas empêcher la dispersion des éléments en cas d'exécution forcée.

2. Voici les arrêts les plus connus qui ont attribué, en vertu du principe *accessorium sequitur principale*, la compétence aux notaires : Paris, 4 décem-

majorité des arrêts, ceci veut dire tout simplement que l'on compare la *valeur vénale* (valeur d'échange) des éléments corporels et des éléments incorporels. D'après certains arrêts, la notion d'accessoire et de principal est un peu plus nuancée. On ne tient pas compte uniquement de la valeur commerciale des éléments. Une tendance à favoriser les notaires assez nette peut être remarquée à cet égard. L'arrêt de la Cour de Lyon du 7 janvier 1926 cité en note, nous dit qu'il ne suffit pas, pour déterminer quel est l'élément principal, de comparer le prix réalisé pour la vente des éléments incorporels et des marchandises; le fonds proprement dit peut, suivant les circonstances, être l'élément principal de la vente, bien qu'adjudgé à un prix inférieur. Il ne ressort pas de cet arrêt quelles peuvent être ces circonstances. Les arrêts de la Cour de Lyon du 23 mars 1893 et de la Cour de Besançon du 1^{er} février 1926 précités, semblent ne vouloir accorder la compétence aux commissaires-priseurs que lorsque la valeur des éléments corporels est *de beaucoup* supérieure à celle des autres¹.

Nous avons critiqué plus haut la théorie d'après laquelle la nature juridique du fonds de commerce dépend de celle de ses éléments essentiels, ainsi que les diverses variantes de cette théorie. Nous avons considéré la théorie de éléments essentiels comme une extension implicite du principe *accessorium sequitur principale* : nous l'avons combattue à ce titre en nous plaçant à ce moment au point de vue tout à fait général de la nature juridique du

bre 1823, *S. chron.*, S. 24.2.77, confirmé par Cass., 27 février 1826, *S. chron.*, S. 26.1.271; Paris, 15 juin 1833, S. 33.2.339; Civ., 23 mars 1836, S. 36.1.161; Trib. civ., Lyon, 6 février 1895, *Gaz. Pal.*, 95.2.359; Limoges, 17 février 1897, S. 97.2.170; Lyon, 7 janvier 1926, D. H. 26.198.

Attribuent, en vertu du même principe, la compétence aux commissaires-priseurs : Besançon, 28 juillet 1877, S. 78.2.133; confirmé par Req., 27 juin 1878, S. 78.1.398; Lyon, 23 mars 1893, S. 94.2.237, 2^e esp., confirmé par Req., 25 juin 1895, S. 95.1.409; Lyon, 10 novembre 1896, S. 97.2.170, 1^{re} esp.; Poitiers, 19 janvier 1903, *Gaz. Pal.*, 03.1.656; Alger, 25 janvier 1905, S. 07.2.17, note WAHL; Alger, 7 mars 1906, D. 10.5.55; Grenoble, 30 décembre 1911, D. 12.2.381, S. 13.2.233, note WAHL, confirmé par Civ., 17 décembre 1919, *Gaz. Pal.*, 20.1.102, D. 22.1.123; Besançon, 1^{er} février 1926, D. 26.2.313; Trib. civ. Arras, 2 avril 1927, *Gaz. Pal.*, 27.1.268.

1. V. sur d'autres variantes du même genre, dissertation WAHL, S. 1907.2, 17, n° 3 *in fine* et les nombreux renvois.

fonds de commerce. Nous discutons à ce moment la question de savoir si, en général, le fonds de commerce pouvait être considéré dans son ensemble comme ayant la nature juridique de ses éléments principaux. La conclusion à laquelle nous aboutissions était que le principe *accessorium sequitur principale* ne pouvait avoir l'effet d'entraîner un changement de nature des éléments accessoires.

Néanmoins, si on ne peut tirer de ce principe une conséquence quant à la nature juridique du fonds de commerce, il y a moins de risques à l'utiliser comme critérium dans une question d'attribution de compétence. En attribuant la compétence, tantôt à une catégorie d'officiers ministériels, tantôt à l'autre, suivant que les éléments principaux sont corporels ou incorporels, on ne confère pas à proprement parler au fonds de commerce tantôt le caractère corporel, tantôt incorporel, en tant que bien unique. Les éléments accessoires ne sont pas par là soumis à un véritable changement de nature.

Le changement de nature véritable se reconnaît seulement au cas où un bien est considéré sous l'angle des droits réels dont il fait l'objet. Il y a changement de nature au cas où on donne le fonds de commerce en nantissement suivant les règles propres aux éléments incorporels et qu'on y englobe le matériel et les marchandises sous prétexte qu'ils sont l'accessoire des éléments incorporels. En effet, le droit de gage est un droit réel et il est impossible de le faire s'exercer sur des biens corporels de la même manière qu'il s'exerce sur des biens incorporels, alors même que les premiers sont l'accessoire des derniers.

Par contre, lorsqu'on attribue au notaire la compétence pour opérer la vente de biens corporels qui sont l'accessoire de biens incorporels, quoi qu'ils ne soient en principe compétents que pour les derniers, il n'y a pas, à proprement parler, changement de nature des premiers. Le notaire est déclaré exceptionnellement compétent pour la vente de meubles corporels, voilà tout. Un obstacle juridique, voire naturel, à notre avis infranchissable, empêche de considérer un bien corporel comme incorporel et réci-

proquement, un bien incorporel comme corporel, ou encore une chose consomptible comme un corps certain et inversement. Mais il n'y a pas d'obstacle, alors qu'il ne s'agit pas de soumettre ces biens à des droits réels, mais simplement de trancher une question de procédure, à accorder à une classe d'officiers ministériels la compétence pour la catégorie de biens à laquelle elle n'a pas droit en principe.

Si le principe *accessorium sequitur principale* appliqué à la question de la compétence s'expliquait autrement que de cette manière, il faudrait prêter à la jurisprudence l'intention de conférer au fonds de commerce le caractère, tantôt incorporel, tantôt corporel. Nous savons que la conception dominante est que le fonds de commerce est un bien unique; au caractère de bien unique se rattache toujours la nature de meuble incorporel. On n'a jamais soutenu, et on ne peut le faire sérieusement, que le fonds de commerce est, dans certains cas, un meuble corporel. Cela mènerait à des conséquences complètement absurdes. Les arrêts qui accordent la compétence, en conséquence de la valeur prédominante des meubles corporels, aux commissaires-priseurs, ne le font nullement parce qu'ils considèrent que le fonds de commerce, dans l'espèce, est un meuble corporel.

Un point est hors de doute : la vente du fonds de commerce doit être opérée en bloc. La criterium de la valeur prépondérante est, somme toute, assez raisonnable. Si le Droit n'est pas autre chose que le moyen de conciliation des intérêts en présence, ce système peut s'en réclamer, bien qu'il tienne compte plutôt d'un critérium quantitatif que qualitatif des intérêts qu'il concilie.

Ce système n'est certes pas sans inconvénients. Il est susceptible de donner lieu à de nombreux procès, surtout si on ne s'en tient pas strictement au critérium de la valeur prépondérante. Le doute planera souvent sur le point de savoir à qui appartient la compétence. Aussi y a-t-il une certaine tendance à attribuer la compétence exclusive aux notaires. On a présenté en faveur de ce système une foule d'arguments que nous rappelons brièvement :

1^o L'intérêt des parties est pour la compétence exclusive des notaires. En effet, la vente du fonds de commerce est toujours faite par écrit; elle comprend le plus souvent des conventions accessoires, garanties hypothécaires, etc., toutes conventions dont les commissaires-priseurs ne sauraient être des officiers instrumentaires (remarquons que l'on a reconnu aux commissaires-priseurs la faculté de stipuler un terme dans la vente). Si nous ajoutons que le tarif des notaires est sensiblement inférieur à celui des commissaires-priseurs, nous comprendrons pourquoi les parties prennent le plus souvent part dans les procès aux côtés du notaire.

2^o La tradition de l'Ancien Droit est dans le sens de la compétence exclusive des notaires.

3^o Les règles de compétence doivent être fixées une fois pour toutes.

4^o Les notaires ont une compétence plus générale que les commissaires-priseurs. Les notaires ont la compétence de droit commun pour les ventes publiques en général, tandis que la compétence des commissaires-priseurs est strictement limitée à la vente des meubles corporels. Le fonds de commerce est un ensemble de biens dont la nature juridique est incertaine; il ne semble pas qu'il soit un meuble incorporel, en tout cas une chose est sûre, c'est qu'il n'est pas corporel. Par conséquent, la compétence ne peut appartenir aux commissaires-priseurs¹.

Nous ne discutons pas le bien-fondé et la portée que peuvent avoir ces arguments, mais il y en a un dernier qui nous touche de plus près :

5^o *Il ne faut pas s'attacher à la nature juridique des éléments, mais à celle de l'ensemble*, disent certains arrêts, émanant, pour la plupart, de tribunaux de première instance². Ces arrêts écartent donc le système consacré par

1. En ce sens, WAHL, dissertation S. 1907.2.17, n^o II.

2. Riom, 30 mars 1892, S. 94.2.237, 1^{re} esp., D. 92.2.220; Trib. civ. Limoges, 23 février 1912, S. 13.2.233, 2^e esp. note WAHL. *Addé* Amiens, 6 mai 1907, *Journ. du Not.*, n^o 15300; Trib. civ. Rochefort, 3 juillet 1902, sous Poitiers, 19 janvier 1903, *Gaz. Pal.*, 1903.1.656; Trib. civ. Mascarra, 8 avril 1903, *Journ. La Loi*, 28 mai 1903; Trib. civ., Clermont, 11 juillet 1906, *Journ. du Not.*, n^o 15015; Crémieux, note D. 1926.2.113; ESCARRA, n^o 474, p. 499-500.

la Cour de cassation. Ils considèrent le fonds de commerce comme un bien unique qui, ne pouvant avoir, tantôt la nature corporelle, tantôt incorporelle, on ne peut prendre comme critérium la valeur prédominante des éléments.

Le fait de considérer le fonds de commerce comme une chose unique mène inéluctablement à attribuer la compétence exclusive aux notaires, ceci est exact, le fonds de commerce ne pouvant, en aucun cas, avoir le caractère de bien corporel. Mais il est inexact d'affirmer que le fonds de commerce est un bien unique, c'est ce que nous avons soutenu pendant tout le cours de cet ouvrage. La théorie du fonds de commerce meuble incorporel, a été bâtie vers la fin du siècle précédent pour permettre le nantissement du fonds d'après les règles concernant les meubles incorporels. Cette théorie a eu naturellement un certain retentissement sur la question de la compétence, mais qui semble avoir disparu depuis que, la loi de 1909 ayant réglementé en détail le nantissement du fonds de commerce, il n'est pas besoin de recourir à la théorie du fonds de commerce meuble incorporel, pour le justifier. Les arrêts les plus récents refusent de considérer le fonds de commerce comme un bien unique et s'attachent, pour trancher le conflit de compétence, à la nature des éléments, en appliquant le vieil adage *accessorium sequitur principale*.

Aussi les notaires en prirent leur parti et conclurent dans certaines villes un accord avec les commissaires-priseurs comme celui intervenu à Marseille le 7 juillet 1925. Les présidents des tribunaux civils et des tribunaux de commerce ont accepté de commettre désormais un notaire et un commissaire-priseur pour toutes les ventes de fonds de commerce ordonnées en justice et pour les ventes amiables faites aux enchères. Selon la prédominance de l'une ou de l'autre catégorie d'éléments, l'adjudication est prononcée par le notaire ou par le commissaire-priseur. Les honoraires et émoluments sont partagés par moitié entre le notaire et le commissaire-priseur¹.

Il est vrai que l'article 32 de la proposition de loi actuel-

1. Crémieux, note précité.

lement soumise au Parlement (correspondant à l'article 15 de la loi de 1909) dans sa rédaction primitive, telle qu'elle a été votée par le Sénat en 1917, ainsi que dans le texte modifié proposé par la Chambre le 21 juin 1921, attribuait la compétence exclusivement aux notaires. Mais le texte actuel de la proposition (portant la date du 22 février 1928) consacre le système traditionnel de la jurisprudence¹.

§ 3. *Généralisation du principe accessorium sequitur principale appliqué au fonds de commerce.*

Il y a des situations similaires à celle qu'on vient de voir. En effet, il y a des dispositions légales d'ordre généralement quelconque qui font une distinction entre les diverses catégories de biens, notamment entre les meubles corporels et les meubles incorporels, en édictant des règles qui n'ont pas trait aux modes d'acquisition ou d'exercice de droits réels sur ces biens. Voici des exemples :

1^o L'article 411 du Code pénal, punit « ceux qui auront établi ou tenu des maisons de prêt sur gages ou nantissement, sans autorisation légale, etc. » On décide généralement que cette disposition s'applique uniquement au gage de choses corporelles, étant donné que l'article 411 a été destiné à protéger le monopole des monts-de-piété. Or, excepté tout au plus la loi du 25 juin 1891, qui a autorisé le prêt sur titres au porteur, ces derniers ne peuvent faire des prêts que sur des choses corporelles.

En s'attachant uniquement à la nature des éléments constituant la fonds de commerce, on pourrait songer à soumettre le nantissement du fonds de commerce *partiellement* à l'article 411. Une telle solution serait pourtant absurde. Il est évident que le nantissement, étant une opération unique, dans les termes des lois en vigueur, constitue ou non le fait prévu par l'article 411. Il est dès lors naturel, au regard de cette disposition pénale, de s'attacher au caractère prédominant de l'opération, c'est-à-dire

1. Art. 32 nouveau : « ... le tribunal de commerce commet, pour y procéder, un officier public ou ministériel compétent suivant les lois existantes... ».

à la nature de l'élément principal. L'élément principal est le plus souvent l'élément incorporel et le nantissement du fonds de commerce échappe alors à l'article 411. L'élément corporel peut aussi être l'élément prédominant, mais il faut remarquer que l'article 411 ne s'applique pas à des prêts isolés, mais au fait de tenir une maison de prêts sur gage; par conséquent, l'article 411 est justement considéré comme entièrement étranger au nantissement du fonds de commerce, bien que le fonds de commerce puisse avoir comme élément principal des choses corporelles¹.

2^o La loi du 27 février 1880 a édicté des formalités particulières pour l'aliénation des *valeurs mobilières* appartenant aux mineurs et aux interdits. La doctrine aussi bien que la jurisprudence décident que cette loi est applicable à l'aliénation du fonds de commerce². La solution est sûrement conforme à l'esprit de la loi qui a voulu donner des garanties de bonne gestion du patrimoine de l'incapable, en soumettant les valeurs mobilières, qui en forment souvent la plus grande partie, à des règles spéciales. Il est souhaitable que le fonds de commerce, étant en général un objet de grande valeur, soit soumis aux mêmes règles.

Mais nous ne croyons pas que cette solution implique nécessairement la conception du fonds de commerce chose unique, ayant le caractère de meuble incorporel. Elle semble plutôt constituer une extension du principe suivant lequel on tient compte de la nature de l'élément principal. En logique stricte, il faudrait s'attacher uniquement à la nature de chaque élément composant le fonds de commerce, pour savoir s'ils sont ou non soumis à la loi de 1880. Mais la vente du fonds de commerce doit se faire par une opération unique, sous peine d'encourir une perte considérable. Pour apprécier la validité d'une opération sur un fonds de commerce, on ne peut dès lors la considérer que dans

1. C'est ainsi qu'a jugé le Trib. corr. de Lyon, 28 juin 1905, D. 05.5.27. V. LYON-CAEN et RENAULT, t. III, n° 241 *in fine* et 298.

2. Paris, 13 mars 1897, *Ann. dr. com.*, 1897, p. 102-103; Trib. civ. Saint-Nazaire, 5 mars 1923, *Juris-classeur*, « Fonds de commerce », 1^{re} éd., division A, I, 24; Besançon, 1^{er} octobre 1888, D. 90.2.90; *adde* Trib. civ. Seine, 11 janvier 1922, *Gaz. Pal.*, 1922.1.306.— CENDRIER, n°s 79 et 132; ESCARRA, n° 474, p. 499.

son ensemble. Les éléments incorporels du fonds de commerce étant le plus souvent l'élément principal de la vente, les éléments corporels en peuvent être considérés comme l'accessoire et, comme tels, soumis exceptionnellement à la loi de 1880. Il ne semble pas que la vente d'un fonds de commerce, dont les éléments corporels ont plus de valeur que les éléments incorporels, soit exemptes des formalités de la loi de 1880, parce que ce serait entièrement contraire à l'esprit de cette loi. Le domaine d'application de celle-ci peut-être élargi, non rétréci, en aucun cas on ne peut dispenser des formalités prescrites la vente d'un fonds de commerce comprenant des meubles corporels et des meubles incorporels, sous prétexte que les derniers seraient l'accessoire des premiers.

Ces différents cas nous permettent de définir la portée que peut avoir le principe *accessorium sequitur principale* appliqué au fonds de commerce.

Le fonds de commerce n'est pas un objet unique. S'il était homogène, il n'y aurait peut-être pas d'obstacle sérieux de le regarder comme tel, de le soumettre en tout état de cause à des règles uniques. En réalité, le fonds de commerce est composé d'éléments de catégories différentes. Quand il s'agit de considérer le fonds de commerce sous l'angle des droits réels, il faut tenir compte de la nature de chaque élément, le principe *accessorium sequitur principale* étant impuissant à l'altérer. Mais il y a des cas où le fonds de commerce est soumis à une opération unique, en dehors de toute question de droits réels; cette opération serait soumise à des règles différentes suivant que l'objet en serait corporel ou incorporel : c'est alors seulement que le principe peut jouer en déterminant une extension de la règle, concernant l'une des catégories, à l'autre.

Il faut souligner que le principe *accessorium sequitur principale* ne détermine pas un changement de la nature juridique de l'élément accessoire. En tant qu'objet de droits, le fonds de commerce reste en tout état de cause un ensemble complexe et l'élément accessoire conserve son individualité. Mais il n'y a pas d'obstacle à ce que la règle qui ne concerne pas le mode d'acquisition ou d'exercice

des droits réels soit exceptionnellement étendue à la catégorie de biens auxquels elle ne s'appliquerait pas si l'élément de cette catégorie n'était pas un accessoire. Il faut ajouter que les règles légales qui font une distinction des biens ne peuvent pas toutes êtres étendues à un élément accessoire auquel elles ne s'appliqueraient normalement pas. Il faut, pour cela, que, d'une part, il y ait vraiment élément accessoire, c'est-à-dire nécessité de considérer l'opération sur le fonds de commerce comme une opération unique. D'autre part, il faut que la règle légale soit susceptible d'une telle extension, du moins dans son esprit.

Vu, le Doyen,
Edgard ALLIX,

Vu, le Président de la Thèse,
J. ESCARRA.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

INDEX

des auteurs cités dans le présent ouvrage.

- Anonyme.** — Note sous Paris 27 mars 1841, S. 41.2.529 (usufruit d'un fonds de commerce).
- Appert.** — Note sous Paris, 20 avril 1894, S. 95.2.41 (transmission des marchés en cours avec la vente du fonds de commerce.)
- Aubry et Rau.** — *Cours de droit civil français*, 5^e éd., par Rau, Falcimaigne, Gault et Bartin, 12 vol., Paris, 1897-1922.
- Baudry-Lacantinerie.** — *Précis de droit civil*, 10^e éd., 3 vol., Paris, 1908-1910.
- Baudry-Lacantinerie et Chauveau.** — *Traité des biens*, 3^e éd., 1 vol., Paris, 1905.
- Baudry-Lacantinerie et de Loynes.** — *Traité du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, 3^e éd., 3 vol., Paris, 1906.
- Baudry-Lacantinerie et Tissier.** — *Traité de la prescription*, 4^e éd., 1 vol., Paris, 1924.
- Baudry-Lacantinerie et Wahl.** — *Traité des sociétés*, 3^e éd., 1 vol., Paris, 1907.
- Bayart.** — *Etude sur la notion de fonds de commerce*, thèse Paris, 1906.
- Bekker.** — « Zweckvermögen insbesondere Peculium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaft » dans *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 1861, p. 499 et s.
- Béquignon (Charlotte).** — « La répression pénale du détournement d'objets compris dans un nantissement de fonds de commerce », *Rev. crit.*, 1927, p. 327-340.
- Boistel.** — *Précis du cours de droit commercial*, 1 vol., Paris, 1876.
- Bonnecase.** — *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil*, par Baudry-Lacantinerie et divers collaborateurs, 5 vol. Paris, 1924-1930.
— *Précis de droit civil*, 3 vol., Paris, 1934-1935.
- Boutaud et Chabrol.** — *Traité général des fonds de commerce et d'industrie*, 1 vol., Paris, 1905; avec un supplément 1910.
- Brinz.** — *Lehrbuch der Pandekten*, 2^e éd., 4 vol., Erlangen, 1873-1898.
- Buisson (Albert).** — *Le statut légal du fonds de commerce*, 1 vol., Paris, 1934.

- Capitant.** — « Essai sur la subrogation réelle », *Rev. trim.*, 1919, p. 385-416.
— Note sous Civ., 23 avril 1918, D. 19.1.33 (nature juridique du warrant agricole).
- Carnelutti.** — « Proprietà della clientela », *Rivista del diritto commerciale*, 1930, I, p. 333.
- Castelli-Avolio.** — « La nozione giuridica dell'azienda secondo il nuovo Codice di Commercio », *Rassegna giuridica*, 1931, p. 1.
- Catalan.** — *La condition juridique des fonds de commerce*, thèse Montpellier, 1899.
- Cazelles.** — *De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, thèse Paris, 1905.
- Cendrier.** — *Le fonds de commerce*, 5^e éd., par Martin et Maus, 1 vol., Paris, 1928.
- Chauveau.** — Note sous Alger, 5 mai 1926, D. 27.2.143 (l'action en concurrence déloyale; le nom commercial).
- Chéron.** — Note sous Amiens, 2 avril 1930, D. 32.2.95 (conflit entre le créancier hypothécaire et le créancier inscrit sur le fonds de commerce).
— Note sous Paris, 10 nov. 1928. D. 32.2.20 et chroniques, *Rev. crit.*, 1925, p. 448 et 1930, p. 419 (l'application de la loi du 17 mars 1909 aux éléments séparés du fonds de commerce; la question des éléments essentiels du fonds de commerce).
- Colin et Capitant.** — *Cours élémentaire de droit civil français*, 5^e éd., 3 vol., Paris, 1926-1928.
- Cordelet.** — *Rapport sur la proposition de loi relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce*; *Journ. Off.*, 1907, Doc. parl., Sénat, ann. 73, p. 151.
- Crémieux.** — Note sous Besançon, 1^{er} févr. 1926, D. 26.2.113 (la compétence relative à la vente publique des fonds de commerce).
- Crouzet.** — *La situation d'un fonds de commerce échu à un mineur*, thèse Paris, 1906.
- Delalande.** — *L'usufruit d'un fonds de commerce*, thèse Bordeaux, 1922.
- Demante.** — *Cours analytique de Code civil*, 9 vol., 3^e éd. (vol. 2), Paris, 1896.
- Demogue.** — « Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle », *Rev. crit.*, 1901, p. 236-256, 295-310, 346-373.
— « *Les notions fondamentales de droit privé, essai critique*, 1 vol., Paris, 1911.
- Demolombe.** — *Cours de Code Napoléon*, 31 vol., Paris 1845-1882, notamment vol. X : « De la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation ».
- Dumouchel.** — *Etude juridique de la clientèle des fonds de commerce et des professions libérales*, thèse Paris, 1907.
- Endemann.** — *Das deutsche Handelsrecht systematisch dargestellt*, 1 vol., 4^e éd., 1887.

- Escarra** (Jean). — *Principes de droit commercial*, avec la collaboration de Escarra (Edouard) et Rault, 1^{er} vol. paru, Paris, 1934.
- Fauchille**. — Note sous Req., 13 mars 1888, *Ann. dr. com.*, 1888, p. 171 : (La nature juridique variable du fonds de commerce).
- Ferrara**. — *Trattato di diritto civile italiano*, vol. 1, « Dottrine generali », Rome, 1921.
- Feuilloley**. — Note sous Req. 22 avril 1913, D. 13.1.225 (Le droit de suite sur les éléments détachés du fonds de commerce; l'interprétation de l'art. 1^{er} de la loi du 17 mars 1909).
- Fialon**. — *Du nantissement des fonds de commerce*, thèse Bordeaux, 1909.
- Frank**. — *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 1 (fort) vol., 1935.
- Garçon**. — *Code pénal annoté*, 2 vol., Paris, 1901-1906.
- Gary**. — *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, thèse Bordeaux, 1931.
- Gazin**. — *Essai critique sur la notion du patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Dijon, 1911.
- Gierke** (Otto). — *Deutsches Privatrecht*, vol. 2, *Sachenrecht*, Leipzig, 1905.
- Gombeaux**. — *La notion juridique du fonds de commerce*, thèse Caen, 1901.
- Grasserie** (de la). — « De la fongibilité juridique », *Rev. gén. dr.*, 1911, p. 133 et s., 335 et s., 534 et s.
- Guillouard**. — *Traité du nantissement et du droit de rétention*, 1 vol., 2^e éd., Paris 1896.
— *Traité de la vente et de l'échange*, 2 vol., 3^e éd., Paris, 1902-1904.
- Hanus**. — *Etude du fonds de commerce envisagé comme moyen de crédit*, thèse Nancy, 1920.
- Hardel**. — *De la notion de dessaisissement en matière de gage*, thèse Paris, 1932.
- Hartmann**. — Introduction historique au *Traité théorique et pratique* de Lèbre, Paris, 1877.
- Heinsheimer**. — *Handelsrecht*, 1 vol., Berlin 1927.
- Henry**. — *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, thèse Nancy, 1913.
- Hubert**. — Note sous Civ., 17 juill. 1930, S. 31.1.297 (effets de la vente d'un fonds de commerce à l'égard des tiers).
- Huc** (Théophile). — *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, 2 vol., Paris, 1891.
— *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 13 vol., Paris, 1892-1900.
- Jauffret**. — « Des garanties du vendeur impayé d'un fonds de commerce », *Rev. crit.*, 1929, p. 151-228.
- Jenks**. — *Digeste de droit civil anglais*, 2^e éd., trad. Baumann et Goulé, 2 vol., Paris, 1923.

- Josserand.** — *Cours de droit civil positif français*, 3 vol., Paris, 1929-1930.
- Labbé.** — Note sous Douai, 19 nov. 1879, S. 82.2.1 (transmission des obligations au cas de cession d'un portefeuille d'assurances).
- Lacour.** — *Précis de droit commercial*, 2^e éd., 4 vol., Paris 1921-1924, avec le concours de Bouteron.
— Note sous Req., 29 juill. 1908, D. 09.1.281: (L'interdiction de se rétablir).
- Laurent.** — *Principes de droit civil français*, 3^e éd., 33 vol., Paris et Bruxelles, 1878.
- Lèbre.** — *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, 1 vol., Paris, 1887.
- Lépargneur.** — « De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs aux biens transmis », *Rev. trim.*, 1924, p. 481-583.
- Levillain.** — Note sous Paris, 15 déc. 1906, D. 08.2.321 (Application de l'art. 1690 C. civ. à des créances comprises dans une transmission à titre universel).
- Lyon-Caen.** — Note sous Civ., 20 janv. 1886, S. 86.1.305: (La mise en gage de choses incorporelles).
— Note sous Req., 3 févr. 1909, S. 09.1.481: (Le nom commercial).
— Note sous Req. 10 mars 1915, S. 16.1.5.: (Warrant agricole; subrogation réelle et fongibilité).
- Lyon-Caen et Renault.** — *Traité de droit commercial*, 8 vol., 4^e éd., Paris, 1906-1916.
— *Manuel de droit commercial*, 1 vol., 14^e éd., Paris 1924 et 15^e éd., par Amiaud, Paris, 1928.
- Magnier et Pruvost.** — *Du nantissement constitué sur les fonds de commerce*, 1 vol., Paris, 1895.
- Magnin.** — « Essai sur le nantissement des fonds de commerce et les résultats de la loi du 1^{er} mars 1898 », *Ann. dr. com.*, 1899, p. 384 et s., 469 et s.
— *Chronique Ann. dr. com.*, 1900, p. 28: (Inclusion des immeubles dans le fonds de commerce).
- Marcadé.** — *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 8^e éd., Paris, 1885.
- Massé.** — *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 6 vol., 2^e éd., Paris, 1861.
- Mazeaud (Léon).** — Note sous Riom, 27 juin 1928, D. 29.2.33 (La question des éléments essentiels).
- Mechelynck.** — Chronique de législation, Belgique, *Ann. dr. com.*, 1920, p. 176.
- Montier.** — *Des nantissements des fonds de commerce, commentaire théorique et pratique de la loi du 1^{er} mars 1898*, 1 brochure, Paris, 1900.

— Note sous Orléans, 13 mai 1925, D. 31.2.65: L'action résolutoire du vendeur impayé d'un fonds de commerce.

Montier et Faucon. — *De la vente et du nantissement des fonds de commerce*, 1 vol., 3 éd., Paris, 1914.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, 6 vol., Leipzig, 1888.

Mouchet. — *De la nature juridique du fonds de commerce et de son nantissement*, thèse Paris, 1911.

Naquet. — Note sous Req., 22 avril 1913, S. 17.1.113 : (Le droit de suite sur les éléments détachés du fonds de commerce; nature juridique du nantissement du fonds de commerce).

Pélissier. — *Des conditions de validité d'une vente de fonds de commerce et du rôle de l'intermédiaire dans cette vente*, 1 vol., Paris, 1898.

Percerou. — *Rapport* présenté au nom de la commission chargée de la préparation d'un projet de loi sur le nantissement des fonds de commerce, *Bull. soc. ét. lég.*, 1903, p. 218.

— Note sous Tr. civ. Dijon, 30 mars 1908, D. 09.2.153 : (Immobilisation par destination commerciale; conflit entre créancier hypothécaire et créancier inscrit sur le fonds de commerce).

— Note sous Rouen, 14 nov. 1908, D. 11.2.313 : (Droit de suite sur les éléments détachés du fonds de commerce; nature juridique du nantissement du fonds de commerce).

— Note sous Paris, 22 mai 1901, D. 03.2.97 : (Application de l'art. 2279, C. civ. au fonds de commerce).

Planiol. — *Traité élémentaire de droit civil*, 9^e éd. 3 vol., Paris, 1922-24.

— Note sous Paris, 4 août 1896, D. 97.2.476 (Transmission des contrats de louage de services au cas de vente du fonds de commerce).

Planiol et Ripert. — *Traité pratique de droit civil français*, 14 vol., Paris, 1925-1934, notamment :

Tome III, *Les biens*, avec le concours de M. Picard, Paris 1926.

Tome VII, *Les obligations*, avec le concours de MM. Esmein, Radouant, Gabolde, Paris, 1931.

— Tome XII, *Les sûretés réelles* (1^{re} partie) avec le concours de M. Becqué, Paris, 1927.

Plastara. — *La notion juridique du patrimoine*, thèse Paris, 1903.

Pont. — *Explication théorique et pratique du Code Napoléon, Privilèges et hypothèques*, 2^e éd., 2 vol., Paris, 1877-1878.

Pouillet. — *Traité théorique et pratique des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres*, 6^e éd., 1 vol., Paris, 1912.

Proudhon. — *Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation*, 2 vol., Paris, 1836.

Ravail. — *De l'objet de la possession. Essai sur le droit romain*,

l'ancien droit français et le droit actuel, thèse Poitiers, 1899.

Robert. — Note sous Paris, 1^{er} août 1900 et autres espèces y rapportées, D. 01.2.97 : (Difficultés soulevées par l'application de la loi du 1^{er} mars 1898).

— Note sous Paris, 29 janv. 1902 et autres espèces y rapportées D. 03.2.169 (*idem*).

Rousseau. — Note sous Paris, 15 oct. 1920, *Ann. dr. com.*, 1921, p. 166: « Cession d'un cabinet d'affaires; application de l'art. 1690 C. civ. aux créances comprises dans une cession à titre universel ».

— Not. civ. 17 juin 1918, D. 22.1.128: (La question des éléments essentiels).

Ruben de Couder. — *Dictionnaire de droit commercial*, 8 vol., dont 2 de supplément, Paris, 1877-1898.

Saleilles. — « Etude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Ann. dr. com.*, année 1895, p. 10 et s., p. 49 et s., p. 29 et s.

— Note sous Dijon, 30 juin 1893, S. 94.2.185 (Subrogation réelle, les patrimoines d'affectation).

Sarrut. — Note sous Civ., 12 mai 1898, D. 1900.1.481: (La mise en gage des choses incorporelles).

— Note sous Req., 10 mars 1915, D. 16.1.241: (Warrant agricole; subrogation réelle et fongibilité).

Simon. — *Le fonds de commerce*, thèse Paris, 1898.

Sokolowski. — *Die Philosophie im Privatrecht. Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung*, 1 vol., Halle, 1902.

Thaller. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e éd., par Percerou, 1 vol., Paris, 1931.

— « Si les bénéfices du commerce sont ou ne sont pas des fruits », *Ann. dr. com.*, 1896, p. 194 et s.

Thézard. — *Rapport* présenté au Sénat (23 déc. 1897) sur la proposition de loi relative au nantissement des fonds de commerce, *Journal officiel* 1897, documents parlementaires, session extraordinaire, n^o 94.

Troplong. — *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, 2^e éd., 27 vol., Paris, 1843-1857.

Valéry. — *Des contrats par correspondance*, 1 vol., Paris, 1895.

— « Maison de commerce et fonds de commerce », *Ann. dr. comm.* 1902, p. 209 et s. et p. 269 et s.

— Note sous Lyon 17 févr. 1900, D. 03.2.249: (Immobilisation par destination commerciale; un immeuble peut-il faire partie du fonds de commerce?)

Vigé. — *Cours élémentaire de droit civil français*, 2^e éd. 2 vol., Paris, 1893-1895.

Vivante. — *Traité de droit commercial*. Trad. sur la 3^e éd. italienne par Escarra (J.), 4 vol., Paris, 1911-1912.

— *Istituzioni di diritto commerciale*, 1 vol., Milan, 1933.

— « Ancora della clientela », *Rivista di diritto commerciale*, 1930, I, p. 1.

Voirin. — « Propriété et responsabilité dans les baux ayant pour objet une exploitation », *Rev. trim.*, 1931, p. 285 et s.

Völdendorff (von). — *Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, 3 vol., 1867-1874.

Wahl. — *Précis théorique et pratique de droit commercial*, 1 vol., Paris 1922.

— Note sous Civ., 26 févr. 1894, S. 95.1.102 : (L'usufruit d'un fonds de commerce; droits d'enregistrement à payer au cas d'une mutation du fonds de commerce en propriété au profit de l'usufruitier).

— Note sous Paris, 26 févr. 1895, et autres espèces y rapportées, S. 97.2.89 : (Nantissement du fonds de commerce; nature juridique du fonds de commerce).

— Note sous Paris, 14 mars 1900 et autres espèces y rapportées S. 01.2.153 : (Difficultés soulevées par l'application de la loi du 1^{er} mars 1898).

— Note sous Bourges, 29 avril 1901, S. 02.2.273 : (La mise en gage de choses futures, notamment d'un fonds de commerce n'existant qu'à l'état de projet).

— Note sous Paris, 18 mars 1903 et Aix 27 avril 1903, S. 05.2.289 : (Les marchandises peuvent-elles être comprises dans un nantissement opéré au moyen de l'inscription au greffe, conformément à la loi du 1^{er} mars 1898?)

— Note sous Paris 23 mai 1901 et autres espèces y rapportées, S. 05.2.121 : (L'application de la règle *en fait de meubles possession vaut titre* aux meubles incorporels et au fonds de commerce).

— Note sous Alger, 25 janvier 1905, S. 07.2.17 : (La compétence pour les ventes publiques de fonds de commerce; critique du système *accessorium sequitur principale*).

— Note sous Pau, 6 novembre 1911, S. 13.2.193 : (Le nantissement du fonds de commerce, opéré dans les termes de la loi du 1^{er} mars 1898, peut-il comprendre les constructions faites par le commerçant?)

— Note sous Grenoble 30 déc. 1911, S. 13.2.233 : (La compétence pour les ventes publiques de fonds de commerce; arguments des lois du 1^{er} mars 1898 et du 17 mars 1909).

— Note sous Aix, 12 févr. 1912, S. 13.2.281 : (Nantissement portant sur le matériel immobilisé; conflit avec le créancier hypothécaire).

— Note sous Req., 20 janv. 1913, S. 20.1.33 : (Nantissement portant sur le matériel immobilisé; nature juridique du nantissement opéré par l'inscription au greffe; conflit avec le créancier hypothécaire).

Wieland. — *Les droits réels dans le Code civil suisse*, trad. Bovay, 2 vol., Paris 1913.

Zachariae. — *Cours de droit civil français*, trad., Aubry et Rau, 5 vol., Strasbourg, 1839-1846.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction.

Bref historique de la législation. Objet de l'ouvrage. L'autonomie du fonds de commerce sur le plan des sujets de droits; rejet. L'autonomie du fonds de commerce sur le plan des objets de droits : la théorie du fonds de commerce meuble incorporel; conséquences pratiques qu'on y attache 1

Chapitre premier. — Les éléments du fonds de commerce 15

Section I. — Passage en revue des divers éléments du fonds de commerce 15

§ 1. *Éléments qui incontestablement peuvent faire partie du fonds de commerce* 17

I. *La clientèle et l'achalandage.* Source économique de sa valeur : rente différentielle. La clientèle est juridiquement une valeur distincte, constitue en soi un élément du fonds de commerce; l'achalandage est synonyme de la clientèle. Au cas de cession de la clientèle c'est notamment la clientèle plus spécialement attachée au commerçant qui est visée. L'objet d'une convention de cession de clientèle est en réalité une obligation de ne pas faire de la part du soi-disant cédant. L'action en concurrence exercée contre l'ancien exploitant est la seule sanction de droit à la clientèle. Nature juridique de l'action en concurrence..... 17

II. *Les autres éléments incorporels.*..... 30

III. *Les éléments corporels mobiliers : matériel et marchandises.*..... 32

§ 2. *Éléments dont on conteste en général la faculté de faire partie du fonds de commerce.* Grande importance du droit au bail. Le bénéfice d'autres créances ou contrats synallagmatiques fait normalement partie du fonds de commerce. L'immeuble où s'exploite le fonds de commerce peut faire partie du dernier, sans qu'il perde son caractère immobilier 35

Section II. — Le rapport des éléments du fonds de commerce entre eux 45

§ 1. *La question des éléments essentiels.* La clientèle n'est nullement un élément indispensable ainsi qu'aucun autre élément. Pour savoir quand il y a véritable opération sur un fonds de commerce, non sur des éléments séparés, il est nécessaire et suffisant de considérer si les éléments transmis permettent la continuation du commerce 45

§ 2. *Le contenu variable du fonds de commerce.* Opposition de la notion juridique et de la notion économique du fonds de commerce 53

Chapitre II. — Etude théorique de la nature juridique du fonds de commerce	57
<i>Questions préliminaires. — Le fonds de commerce est une institution juridique. La nature juridique du fonds de commerce ne saurait varier suivant les cas.</i>	57
<i>Section I. — La nature juridique du fonds de commerce et la notion d'universalité.</i>	60
§ 1. <i>L'obscurité de la notion d'universalité dans ses applications faites au fonds de commerce.</i>	61
I. Le fonds de commerce n'est pas une universalité de droit; la notion d'universalité juridique dans le sens synonyme de l'universalité de droit	61
II. L'autonomie du fonds de commerce déduite aussi bien du caractère d'universalité juridique que d'universalité de fait ..	64
III. Résultats opposés attachés au caractère d'universalité juridique	69
§ 2. <i>De la notion d'universalité en général.</i> La division des universalités en universalité de droit et universalité de fait suivant la présence ou l'absence d'un passif propre. Le nœud du problème : l'universalité de fait est-elle un <i>bien</i> au sens juridique du mot ? Ce caractère étant douteux il est préférable d'établir la nature juridique du fonds de commerce en dehors du problème plus vaste des universalités	72
§ 3. <i>Essai d'une explication des contradictions de la jurisprudence.</i> La notion d'universalité juridique dans le sens nouveau d'objet de droits propre	79
<i>Section II. — Les arguments en faveur de la théorie du fonds de commerce bien unique en dehors de la notion d'universalité</i>	84
§ 1. <i>Arguments tirés de la composition du fonds de commerce.</i> Argument que les éléments essentiels du fonds de commerce sont les éléments incorporels; critique. Variantes de cet argument : restriction de la notion de fonds de commerce aux seuls éléments incorporels; les éléments incorporels sont essentiels dans le genre de commerce dont il s'agit; la nature incorporelle résulte de la valeur prédominante des éléments incorporels; la nature du fonds de commerce dépend de la nature des éléments qui dans l'espèce sont essentiels	85
§ 2. <i>Le fonds de commerce est-il un meuble incorporel en tant que création abstraite ?</i>	97
§ 3. <i>La réglementation donnée par les lois de 1898 et 1909 implique-t-elle que le fonds de commerce est un objet de droits propre ?</i> Dispositions relevant du principe de l'unité du fonds de commerce. Exceptions à ce principe dans la loi même	100
<i>Section III. — La distinction du fonds de commerce dans son ensemble et dans ses éléments</i>	105
§ 1. <i>La distinction du fonds de commerce dans son ensemble et dans ses éléments en droit positif.</i> Les dispositions de la loi de 1909. La question du droit de suite sur les éléments séparés du fonds de commerce. L'application de l'art. 400, al. 6, C. pén.	106

§ 2. <i>Véritable portée de la distinction du fonds de commerce dans son ensemble et dans ses éléments.</i> Le fait de considérer l'ensemble comme un propre objet de droits, alors que les éléments gardent leur propre nature juridique mène à la superposition de deux objets de droits; comparaison avec l' <i>universitas personarum</i> ; en réalité il est impossible de considérer comme objets de droits à la fois l'ensemble et les éléments; le véritable support de droits réels n'est formé que par les éléments. Difficulté de ranger le fonds de commerce dans les catégories légales de biens. Conclusion : le fonds de commerce n'est pas un bien.	111
Appendice au chapitre II. — La doctrine étrangère concernant les universalités de fait. — L'opinion dominante dans la doctrine allemande est que l'universalité de fait est dépourvue du caractère d'objet de droits propre. Doctrine suisse et italienne.	120
Chapitre III. — La nature juridique du fonds de commerce envisagée sous l'angle des différentes applications pratiques.	124
<i>Section I. — Droits réels portant sur un fonds de commerce.</i>	125
§ 1. <i>La possession du fonds de commerce.</i> Application de l'art. 2279 C. civ. au fonds de commerce et aux meubles incorporels en général. Résultats du système suivant lequel la possession a pour objet les différents éléments du fonds de commerce selon les règles qui leur sont propres.	127
§ 2. <i>La vente du fonds de commerce.</i>	135
I. Effets entre les parties. Le fonds considérés comme un objet unique.	135
II. Effets à l'égard des tiers : il faut appliquer les règles sur la translation de propriété propres à chaque catégorie de biens, notamment l'art. 1141 aux meubles corporels et l'art. 1690 aux créances comprises dans la vente.	137
§ 3. <i>Le nantissement du fonds de commerce.</i>	144
I. Le nantissement d'après le droit commun. La controverse avant la loi de 1898.	144
II. Le nantissement par l'inscription au greffe. Sa nature juridique : gage véritable, non hypothèque mobilière.	149
III. Comment s'explique le fait que le droit du créancier nanti s'exerce sur les éléments existant au moment de la réalisation du gage ? Subrogation réelle; fongibilité; système préconisé : les éléments sont soumis à un gage nouveau au fur et à mesure qu'ils entrent dans le fonds de commerce.	152
§ 4. <i>L'usufruit d'un fonds de commerce.</i>	158
I. Systèmes qui envisagent le fonds de commerce comme un objet unique et soumis comme tel à l'usufruit. Le fonds de commerce chose fongible. Le fonds de commerce corps certain; explication du pouvoir de l'usufruitier de vendre les marchandises; critique.	159
II. Système qui applique à chaque catégorie de biens composant le fonds de commerce, les règles qui lui sont propres : les marchandises font l'objet d'un quasi-usufruit, les autres éléments l'objet d'un usufruit véritable.	167

<i>Section II. — Des cas où l'unité du fonds de commerce entraîne des conséquences juridiques</i>	173
§ 1. <i>Dispositions légales s'appliquant uniquement au fonds de commerce.</i> La loi de 1909. L'article 7 de la loi de finances du 27 février 1912. Régime fiscal spécial	173
§ 2. <i>La compétence pour la vente publique des fonds de commerce.</i> Position du problème. La majorité des arrêts appliquent la maxime <i>accessorium sequitur principale</i> . Sens de cette maxime appliquée à la question de procédure ci-dessus : elle n'opère pas un changement de nature de l'élément accessoire. Système dissident qui attribue la compétence exclusivement aux notaires étant donné le caractère de meuble incorporel du fonds de commerce:	176
§ 3. <i>Généralisation du principe « accessorium sequitur principale » appliqué au fonds de commerce.</i> Application de l'art. 411 C. pén. La loi du 27 février 1880 concernant l'aliénation des valeurs mobilières des mineurs et des interdits	183
Index bibliographique	187

